

Trabalho Conclusão Curso

Carlos Emanuel Rodrigues Bezerra Fraga

**O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: uma
discussão sobre interesse público.**

Florianópolis

2018



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Graduação em Direito

Carlos Emanuel Rodrigues Bezerra Fraga

**O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: uma
discussão sobre interesse público**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito

Orientador: Prof. Dra. Luana Renostro Heinen

Florianópolis

2018

Ficha de identificação da obra

FRAGA, Carlos Emanuel Rodrigues Bezerra

O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO (Trabalho de Conclusão de Curso) : uma discussão sobre interesse público/ Carlos Emanuel Rodrigues Bezerra Fraga ; Orientadora, Luana Renostro Heinen – Florianópolis, SC, 2018

Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito.

Carlos Emanuel Rodrigues Bezerra Fraga

**O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: uma
discussão sobre interesse público.**

Este trabalho é dedicado aos meus pais e às minhas irmãs, que nunca mediram esforços em me apoiar. Se existe algum mérito nisso tudo eu devo, sobretudo, a eles.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que estiveram comigo ao longo da minha graduação. Em especial quero externar o meu agradecimento aos amigos que pude fazer nessa trajetória dentro da universidade.

Samuel Nelson Krehnke, meu melhor amigo. Sou imensamente grato pela amizade e companheirismo. Fico feliz que a nossa amizade não mudou, mesmo eu estando ausente nos últimos tempos, enquanto escrevia este trabalho. E eu sou muito orgulhoso da pessoa que tu tens te tornado. A gente ainda vai mudar a nossa Comunidade! #tamoJunto #vaj #tois

Gabriel Schütz Moraes, uma pessoa singular na forma de ser. Sou agradecido por cada momento que vivenciamos até hoje. O que mais me cativa é a tua capacidade de falar as coisas certas em dias difíceis.

Henrique Iahn Carsten, meu reaçã favorito, apesar dos pesares. Bem lá no fundo existe um comunista gritando para sair. Aquele dia em que estava indo embora do PG, eu realmente precisava de um abraço, muito embora eu não seja a pessoa mais afetuosa, e a partir disso eu tive certeza do quanto temos algo para chamar de amizade. Ter esse tipo de sensibilidade é para poucos. #MaisAmorPorFavor ☺

Rodrigo Samuel Römig, um baby que me dá muito orgulho, e que se tornou um amigo muito especial desde o primeiro momento em que nos vimos. Eu agradeço profundamente por cada ouvido, por cada momento de discussão sobre qualquer assunto. Acho que a tua principal característica que sempre me cativou é a sua inocência em não ver maldade em tudo.

Ricardo Alexandre Werlich. Nem sei por onde começar, mas a verdade é que temos muita história, muita treta. A nossa amizade tinha que dá certo, né migo? Eu agradeço por tu seres assim como tu és, por aturar o meu temperamento, por me apoiar e por toda essa cumplicidade que só nós dois sabemos que temos. Eu ainda estou para por em prática aquele teu conselho, mas ainda não tive tempo. rsrs.

Aline Amábile Zimmermann, a nossa amizade começou de verdade por causa do Centro Acadêmico XI de Fevereiro. Perdi as contas de quantos cafés tomamos, e de quantas vezes ficamos horas e horas conversando e criticando o sistema. Não se trata apenas de ser

exemplo de militância, mas tu és muito mais isso, és uma das melhores amigas que a faculdade me deu. E teu companheirismo ao longo do último ano foi muito especial. I love you!

Júlia Wildner Krewer, dividir a faculdade contigo foi incrível. Sou grato por sermos amigos fora da Uni. Quero demais te agradecer pelo teu carinho e disposição em me ajudar quando precisei. Tu és incrível! <3

Pedro Gabriel de Melo Ruiz, pô irmão, tens un gudanzin aí? rsrs. Ah, Pedrinho, tu és único: amigo, querido, engraçado e super responsável. Obrigado pela amizade e pelas paçocas divididas!

Eduardo L. Venturin, obrigado por me apresentar o Direito. Tenho muito respeito por ti e por tudo que a nossa amizade representa. E eu te agradeço por tudo que fizeste por mim ao longo desses nossos caminhos que sempre se encontram. A nossa amizade está intacta em algum lugar. Espero que possamos nos ver logo!

Mirian Rechia Olberg, a pessoa mais ecologicamente correta, hahaha. Já nos conhecemos há mais de 84 anos. Mirian, tu és muito mais do que só uma amiga, tu és uma irmã. Os laços que a gente construiu até aqui são de um valor imensurável. Eu te amo demais, por cada gesto de amizade, por cada momento juntos, por tudo que tu és e por tudo que temos.

Priscilla Pawllack, minha cebolinha preferida. A nossa amizade é um grande presente que aconteceu pelas razões mais aleatórias possíveis. Lembras quando eu entrava dentro do Bus e tu odiavas? E em um certo momento eu resolvi puxar assunto contigo no Bus e a gente começou a combinar de se encontrar dentro dele para irmos juntos para a Uni. Eu tenho várias outras histórias contigo. Saiba que és muito especial para mim, e essa trajetória na Universidade foi muito mais interessante contigo. Vamos almoçar semana que vem?

Rafael Alves de Souza, *in memoriam*, se tu estivesses aqui eu sei o quanto estarias feliz por esse momento. E eu estaria muito mais por te ter junto. Eu te trago na minha memória sempre. Que saudade de um tempo que não podemos viver outra vez! Te amo, meu irmão!

Krisstarah Dayane Lobo, uma entidade no meio de nós. Tu és muito foda, com perdão da palavra. Obrigado por cada bar junt@s. E obrigado por me acrescentar tanto!

Lucas Gil Jung, tu sabes disso, mas não custa deixar registrado, és muito especial para mim e torço muito pelo teu sucesso e pela tua felicidade. Obrigado por cada angústia e alegria

que dividimos juntos, por cada almoço que a gente fez, por cada ida ao mercado, por cada virada de olho quando alguém falava algo muito fora. E espero que os nossos caminhos se encontrem depois dessa fase na Uni. Obrigado por tudo e por fazer parte!

Felipe Berger Jacobsen, obrigado pela nossa amizade, que existe desde os tempos do intercâmbio na Alemanha. Ich hoffe wir sehen uns bald!

E também outras pessoas que são especiais já há um tempo: Tiago Mayer Dörner, Isabeli Braga, Chris Azeredo, Italo Baumgartner, Nádia Araújo, Martha Moecke, Thaís Viganó, Leonardo Rodrigues, Romário Rodrigues, Ana C. Bolzani, Rafael Celeste, Tamara Freitag, Criss Eidham, Elias Weiss Quandt, Luciana Quandt, Susan A. Pfeiffer, Nicolas Pfeifer, Carol Bersch, Dona Catarina e seu Álvaro (meus vizinhos queridos!!!), Erick Miffo, Marcela Rocha, Kelly I. Carsten, Hannah-Lena Ruß e a Maria L. Scremin.

José Nunes Fraga, *in memoriam*, meu querido avô. Grato por sempre ter recebido o incentivo de perseguir os meus sonhos.

Gostaria de agradecer à Professora Doutora Luana Renostro Heinen, minha orientadora, por ter aceitado o desafio em me orientar. Cada reunião que tivemos foi fundamental para entender do que realmente se trata a discussão feita neste trabalho. O que aprendi com essa orientação irei levar para vida acadêmica e profissional. A primeira delas é que nunca sabemos o suficiente, e por causa disso a busca pelo conhecimento nunca deve acabar. A segunda é que é sempre necessário ter um olhar crítico sobre o que produzimos. Meu muito obrigado!

Minhas irmãs, por tudo, pelos laços, pelas brigas, pelas reconciliações, pelo apoio incondicional. Vocês são tesouros para a vida inteira!

Em especial dispenso aos meus pais os mais sinceros e emocionados agradecimentos. Sou muito grato por tudo que vocês fazem por mim, por depositarem em mim confiança e pelo incentivo. Eu os amo muito!

E por fim, agradeço ao povo brasileiro que financia cada estrutura do Ensino Público no país. Eu espero poder contribuir para uma sociedade mais justa e solidária, e que leve o interesse público a sério.

Meu muito obrigado a cada pessoa que fez com que a minha estada aqui fosse possível!.

RESUMO

A difícil conceituação do que é interesse público é motivo de grandes debates na academia brasileira. Corrente mais recente de estudiosos do Direito Administrativo considera que a supremacia do interesse público deve ser revista a luz dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, procura-se neste trabalho compreender o que é interesse público na concepção clássica do Direito Administrativo brasileiro, bem como entender o que caracteriza interesse público para nova corrente doutrinária que contesta a supremacia do interesse público, enquanto princípio. A partir de uma perspectiva, em que os direitos e garantias individuais (interesse privado), frente ao interesse público, se tornam o cerne da discussão. No paradigma clássico do Direito Administrativo se pauta a supremacia do interesse público, mesmo em situações de conflito com interesses de ordem privada. Esse paradigma se pauta pela legalidade, em que todos os atos da Administração Pública se orientam pela diretrizes de como deve ser sua atividade. No novo paradigma, o cerne da questão está nas garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, e que, a luz da Constituição de 1988, são superiores. A crítica coloca que não pode existir um interesse maior do que outro, afirmando que não existe constitucionalidade para considerar o interesse público supremo. Também é possível observar que o novo paradigma recorre a eixos orientadores dentro do que se coloca como novo. Por exemplo: juridicidades dos atos administrativos, proporcionalidade, avaliação de resultados e o debate sobre discricionariedade versus arbitrariedade. A problemática do trabalho está em como de fato se caracteriza esse novo paradigma. E sua hipótese trata da necessidade de que a Administração Pública pautar sua atuação pela proporcionalidade e pela busca da realização da eficiência por meio da avaliação de resultados. A pesquisa utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, realizada em artigos acadêmicos e manuais jurídicos. Ao fim do trabalho concluiu-se que a discussão de um novo paradigma no Direito Administrativo não é apenas de ordem jurídica, mas sobretudo política.

Palavras-chave: Interesse Público. Garantias Individuais. Supremacia do Interesse Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	18
1.2 Caracterização clássica do paradigma do Direito Administrativo	18
1.2.1 Legalidade	18
1.2.2 Supremacia do interesse público	25
2 A CRISE DE PARADIGMA NO DIREITO ADMINISTRATIVO	32
2.1 Paradigma e crise de paradigma do conhecimento	33
2.2 A Constitucionalização do Direito: supremacia da constituição e afirmação dos Direitos fundamentais	38
2.3 Colocando em xeque a supremacia do interesse público	41
2.4 Crítica: a dificuldade em se conciliar respeito aos direitos individuais e atuação do Estado conforme o interesse da coletividade.....	46
3 O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	51
3.1 Proporcionalidade	51
3.2 Arbitrariedade, discricionariedade e juridicidade.....	55
3.3 Avaliação de Resultados.....	59
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A difícil conceituação do que é interesse público no Direito Administrativo e como o mesmo se desdobra nos atos administrativos ainda é um tema de bastante controvérsia. A questão se torna mais complexa quando interesses privados entram em conflito com o interesse público.

A pesquisa que deu origem a este trabalho inicialmente tinha como objetivo trabalhar as cláusulas exorbitantes no “novo” paradigma do Direito Administrativo.

Ao longo das leituras se observou que não seria possível trabalhar esse tema dissociado do que é interesse público, para então trabalhar sobre as cláusulas de exorbitância nos contratos administrativos. Não existe a possibilidade de tratar sobre este segundo tema sem que se traga uma discussão sobre interesse público. Porém o contrário é possível, por isso se optou discutir nesse trabalho sobre interesse público e sobre a nova corrente que se propõe a discutir a supremacia do interesse público com o fim de caracterizar o que se consagra dentro dessa crítica como o novo paradigma do Direito Administrativo.

O tema ganha importância a partir de todas as mudanças vivenciadas no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em que se consagram direitos e garantias fundamentais. A partir dessa perspectiva constitucional começa-se então a questionar o que é interesse público, e por qual razão o mesmo deve prevalecer sobre os interesses de ordem individual. A importância do tema se dá no sentido de entender, muito mais o que é novo paradigma, mas entender o paradigma clássico consolidado na doutrina e jurisprudência do país. É impossível criticar uma corrente sem que se entenda onde estão alicerçadas as suas bases, ou pelo menos algumas delas.

Sendo assim, o objetivo da pesquisa é caracterizar o que tem sido chamado de novo paradigma do Direito Administrativo, uma perspectiva teórica que congrega críticas às bases do Direito Administrativo tradicional, a legalidade e a supremacia do interesse público.

O novo paradigma do Direito Administrativo brasileiro, segundo Marçal Justen Filho, Gustavo Binbenbajm, Diogo de Figueiredo de Moreira Neto se caracteriza por colocar em evidência a necessidade de se respeitar os direitos individuais, mais do que se ater a idéia

abstrata de respeito à supremacia do interesse público. Além disso, enfatiza a necessidade de que a Administração Pública pautar sua atuação pela proporcionalidade.

O objetivo geral do trabalho é compreender o que caracteriza este novo paradigma. Para tanto, explicitam-se os fundamentos do Direito Administrativo: a supremacia do interesse público e a legalidade na concepção tradicional. Então, identifica-se a crítica e como ela pretende substituir ou relativizar os fundamentos tradicionais do Direito Administrativo.

Debruçar-se sobre o novo paradigma do Direito Administrativo é fundamental para se compreender porque a ideia de legalidade (central para o Estado de Direito) e a supremacia do interesse público têm sido questionadas, ou seja, quais seus limites e problemas. Essa análise coloca em questão inclusive os conceitos de legalidade e interesse público que podem ser caracterizados de formas distintas conforme a visão política que se adote. Nesse sentido, identificar a qual perspectiva política se vincula a crítica também é crucial para compreendê-la e não simplesmente aceitar a substituição de um paradigma por outro.

A pesquisa utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, realizada em artigos acadêmicos e manuais jurídicos.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo é trabalhado os fundamentos do Direito Administrativo. Inicialmente buscou-se trazer uma discussão sobre legalidade e a supremacia do interesse público. E no contexto da legalidade buscou-se discutir, mesmo que de forma breve sobre os três modelos de Estados a partir do pós Revolução Francesa. Neste estágio inicial se observa um estilo de Estado muito mais fiscal do que positivo no sentido de intervir na vida econômica e social dos seus membros.

Buscava-se, nesse Estado, romper com as velhas práticas absolutistas do Antigo Regime. Analisa-se ainda a mudança para o Estado Social, quando se percebeu a necessidade de atuação ativa e prestativa do Estado, em especial, para os indivíduos mais vulneráveis na sociedade. Por último é trabalhado o Estado Democrático de Direito, e o que se percebe de diferenciação dos demais modelos é que neste modelo a Constituição é o parâmetro orientador dos objetivos do Estado. Trabalha-se o conceito de legalidade e como ela se dá de acordo com o Estado na qual ela surge. Por fim, neste primeiro capítulo se trabalha a ideia de interesse público no Direito Administrativo brasileiro, conceito que se mostrou de difícil conceituação para este trabalho.

No segundo capítulo, a partir da obra de Thomas Kuhn, aborda-se o que caracteriza um paradigma e também a crise de paradigma, para compreendê-la no âmbito do Direito Administrativo. Discute-se a constitucionalização do Direito e a afirmação de direitos e garantias fundamentais, como paradigma orientador do ordenamento jurídico, bem como de todos os atos da Administração Pública. Com a constitucionalização do Direito passa-se, então, aos questionamentos acerca do interesse público e como ele deveria ser interpretado a luz dos princípios estampados na Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo trabalha o equilíbrio que deve existir na relação entre administrador e administrados, através do dever de proporcionalidade quando existirem situações de conflitos de interesses públicos e privados. Explana ainda a prevalência dos direitos individuais e busca desenvolver o conceito de discricionariedade que respeita esses direitos.

1 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.2 Caracterização clássica do paradigma do Direito Administrativo

1.2.1 Legalidade

Quando se fala sobre legalidade é primordial entender o seu contexto, pois o princípio da legalidade tem correlação com o Estado em que está inserido, uma vez que as leis surgem neste âmbito de autoridade. Obviamente que a legalidade, ao longo das mudanças nos respectivos modelos de Estado, passa por mudanças e tende a corresponder aos interesses do modelo vigente. Para tanto é preciso que se traga o debate acerca dos modelos de Estado de Direito, Social e Democrático de Direito. São terminologias muito parecidas, mas que possuem significados distintos, bem como propósitos.

O Estado de Direito ou Liberal, ainda chamado de Estado de Polícia, o Direito atua como ferramenta que instrumentaliza e viabiliza direitos e garantias individuais burguesas, tendo em vista superar o Antigo Regime, no pós-revolução. A lei tem função erga omnes, pois vincula a todos, sem que exista distinções entre os sujeitos, e tem caráter político, pois a mesma decorre da vontade do povo através dos que o representa. Mônica Clarissa Henning Leal ao colocar a diferença do Estado Liberal para o Democrático explica que

A principal diferença entre ambos (Estado Liberal e Estado Democrático) não reside, portanto, na forma pela qual são constituídos, pois ambos pautam o seu desenvolvimento na figura da Lei e na submissão do poder ao Direito; o que os distingue, antes, é a forma como essa vinculação é operacionalizada, pois, no primeiro, prevalece o domínio dos procedimentos (aspecto formal) sobre os aspectos materiais (conteúdos), sendo a manutenção da ordem estabelecida a sua consequência, ao passo que, no segundo, predomina um caráter teleológico, que coloca o direito a serviço da transformação da sociedade no sentido de uma real igualdade, não só jurídica, mas também fática.¹

Neste aspecto, o Estado atua necessariamente como fiscal da legalidade, “proporcionando um aparato policial, defendendo as instituições (prestando Justiça) e

¹ LEAL, Mônica Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 290

protegendo-se contra agressões internacionais.”² Em outras palavras, não intervém na esfera privada dos indivíduos.

O Estado de Direito se caracteriza fortemente pela supremacia da Constituição e o império da Lei e se “manifestam em dois pontos fundamentais: a consagração dos Direitos e Garantias Individuais e a adoção da Teoria da Divisão dos Poderes.”³ Este modelo caracteriza-se como o “alcance restrito das liberdades públicas, como a não intervenção do Estado no âmbito privado, a fim de permitir ao indivíduo valer-se de todas as possibilidades para realizar suas conquistas pessoais.”⁴

É perceptível que a lei funciona como limitadora da ação do Estado em relação aos indivíduos, em suma “o papel do Estado era essencialmente negativo ou abstencionista, porque sua missão era a de proteger a propriedade e a liberdade. Também o Direito tinha a função de garantir os direitos individuais.”⁵ Ainda nesse sentido, Mario Megale da Silveira Filho descreve o Estado Liberal como sendo

(...)o resultado da ascensão política da classe burguesa, onde esta organiza-o de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-o como Estado Mínimo ou Estado Polícia, cujas funções restringem-se à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas.⁶

É inegável as benesses que este modelo de Estado inicialmente trouxe. Tais como o progresso econômico, a valorização do indivíduo e a valorização das liberdades, mas em contrapartida os “efeitos colaterais de monta eclodiram na nos estratos sociais menos favorecidos levando o Estado Liberal a um lento declínio.”⁷

A formação de grandes centros urbanos, decorrência direta da revolução industrial, trouxe consigo outras problemáticas que o Estado Liberal não dava conta de responder. O exercício desregulado da liberdade, no que se refere a contratos, “evidencia a desumana

² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p.47/48

³ FILHO, M. M. S. **A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO SOCIAL BRASILEIRO**. 2009. Dissertação de Mestrado. Universidade de Ribeirão Preto. p.62

⁴ Ibid., p. 64

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83106, jan./jun. 2012

⁶ FILHO, M. M. S., op.cit., p. 59

⁷ FILHO, M. M. S., op.cit., p. 67

espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica comparável apenas à época da servidão medieval.”⁸

Na realidade, o Estado apenas servia como instrumento da burguesia, pois apenas reconhecia a igualdade e a liberdade dos sujeitos somente em caráter formal, causando assim desequilíbrio entre os detentores dos meios de produção e a classe trabalhadora. Paulo Bonavides ao se referir ao liberalismo explica que

Seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como a igualdade a que arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina ” a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome.⁹

Estes fatores trouxeram como consequência dicotomias sociais onde a livre concorrência favoreceu ao acúmulo de bens pela burguesia em detrimento da classe trabalhadora.

Neste sentido, o Estado Liberal, por ser absenteísta, se viu incapaz de equacionar os diversos problemas sociais que ora se manifestavam. A partir disso, os questionamentos feitos por estes segmentos marginalizados e “espoliados da sociedade, através do Manifesto Comunista, considerado um marco das declarações de direitos dos excluídos” representou um marco nessa nova fase.¹⁰ Miguel Reale explica que

Não foi apenas o impacto das reivindicações socialistas que determinou a ampliação da competência estatal em assuntos econômicos e sociais, mas também a chamada “revolução industrial” resultante da aplicação tecnológica no plano da produção de riquezas, o que teve como resultado o fortalecimento das organizações operárias, de maneira especial dos respectivos sindicatos.¹¹

Sahid Maluf ainda sobre o declínio do Estado Liberal:

Deve-se o fracasso do Estado Liberal ao fato dele ter atuado estritamente no plano político-jurídico, sem disciplinar a ordem sócio-econômica. Essencialmente individualista, desconheceu os direitos da sociedade. Falhou até mesmo no seu individualismo por desconhecer o homem – operário, materialmente fraco e premido no meio social por insuperáveis dificuldades de ordem econômica. Profundamente libertário e igualitário, declarou que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, de sorte que ao Estado competia apenas policiar a ordem jurídica. A ordem social e econômica deveria desenvolver-se naturalmente, à mercê

⁸ FILHO, M. M. S. **A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO SOCIAL BRASILEIRO**. 2009. Dissertação de Mestrado. Universidade de Ribeirão Preto. p.67

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8.ed.São Paulo:Malheiros. 2007

¹⁰ FILHO, M. M. S., op.cit., p. 69

¹¹ REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p.86

das iniciativas individuais, de conformidade com as leis do liberalismo econômico, a lei da oferta e procura, a da livre concorrência etc as quais conduziram a sociedade, fatalmente, a uma ordem ideal desejada por todos. Tinha o Estado por lema o postulado clássico do liberalismo econômico: Laissezfaire, laissez- passer, et le monde v ala lui-même.¹²

O Estado Liberal, inerte às demandas sociais, não pôde resolver problemas relacionados à ordem econômica e social, foi substituído por um novo modelo que se denominaria como Estado Social.

No Estado Social, com o objetivo de reduzir desigualdades sociais decorrentes do liberalismo, é necessário que o Estado passe a atuar no sentido de solucionar dicotomias sociais e econômicas, e neste íterim, a vinculação do Estado passa a ser positiva. O seu contexto histórico está situado no fim da Primeira Guerra Mundial e da promulgação das “Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), consideradas marcos históricos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.”¹³

Essas medidas intervencionista tiveram impulso em razão de políticas econômicas Keynesianas, e também da decorrência do compromisso firmado entre as classes sociais no que se refere à cidadania social com vista no crescimento econômico. José Luis Bolzan de Moraes quando discorre sobre o tema diz que

O Estado Constitucional Social ganhou contornos definitivos no pós – Segunda Guerra Mundial, como tentativa de enfrentamento das barbáries experimentadas no período. Emerge daí um “neo” constitucionalismo que, além de reforçar e transformar sua substância e materialidade constrói novos sistemas de se fazer efetivo.¹⁴

Trata-se de uma superação do antigo modelo (Estado Liberal) em que o Estado assume um caráter muito mais prestacional e que representa a conquista de direitos sociais, até então não existentes, que se expressam em segurança social, saúde, educação e habitação. Porém é preciso ressaltar que o advento do Estado Social não significou uma mudança para um Estado Socialista, mas ele resulta de um equilíbrio entre o modelo liberal e socialista. De acordo com Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira o “O Estado

¹² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado** 20ed. São Paulo:Saraiva . 1990. p. 299

¹³ FILHO, M. M. S., op.cit., p. 71

¹⁴ **O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade.Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição.**Constituição e Estado Social. Org. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. São Paulo:RT; Coimbra: Coimbra. 2008. p. 180.

Democrático e social de Direito procura conciliar os direitos individuais, que perdem cunho burguês e egocêntrico de sua origem, com o bem estar social.”¹⁵

Ivo Dantas explica explica ainda que

Esta presença estatal passa-nos a oferecer uma distinção que hoje assume importância capital, isto é, entre os direitos individuais e sociais, pois enquanto aqueles significam um não fazer do Estado e dos demais agentes públicos, estes devem ser vistos como aqueles que têm por objeto as atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade, para subministrar aos homens certos bens e condições. É a constitucionalização dos direitos sociais e, dentre estes, dos direitos trabalhistas.¹⁶

Dessa forma, o Estado Social ao tomar para si a responsabilidade de administrador dos conflitos sociais existentes, predominando assim na administração da política e da técnica em face da ideologia. E o que acontece aqui é uma preservação da estrutura do capitalismo, “mantendo, ainda que artificialmente, a livre iniciativa e a livre concorrência compensando as desigualdades sociais mediante a prestação de serviços públicos estatais e a concessão de direitos sociais.”¹⁷ Sobre o Estado Social, vejamos o que Ivo Dantas fala sobre a atividade estatal sob a perspectiva prestacional de serviços.

Ao se aludir ao Estado Social, frise-se que se está referindo ao Estado organizado para a prestação de serviços públicos, ao Estado que acolhe com especial vigor os direitos sociais, que são segurança econômica, educação, saúde e serviços públicos em geral, na visão de Luís Carvalheiro de Mendonça ou, na visão de Dier Murswiek, uma subdivisão em três espécies, quais sejam, prestações em sentido estrito, como educação, saúde, assistência social; subvenções materiais em geral; de cunho existencial no âmbito da providência social, que engloba o fornecimento de gás, luz e tantos outros e a participação em bens comunitários. Pois bem, é uma relação lógica a existente entre prestações positivas do Estado e os serviços públicos, bem como entre a crise do Estado Social e o neoliberalismo.¹⁸

Algumas características do Estado Social são básicas tais como a supremacia da Constituição, divisão de poderes, respeito aos princípios da legalidade, garantias individuais e sociais, participação política e atuação positiva do Estado na implementação, de fato, de um Estado Social. Sobre isso Mário Megale da Silveira Filho explica:

O respeito ao princípio da legalidade no modelo de Estado Social não se restringe apenas à positivação, em âmbito constitucional, das normas referentes aos direitos

¹⁵ JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direito Humanos e Cidadania**. São Paulo: RT. 2007. p. 126

¹⁶ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p.126

¹⁷ FILHO, M. M. S., op.cit., p. 71

¹⁸ **O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: RT. Vol. 50. Ano 13. Janeiro – Março. p. 120/121.

sociais. Vislumbra-se o respeito ao aludido princípio quando, novamente em âmbito constitucional, é traçado pelo Estado um planejamento estratégico onde se elegem prioridades e metas governamentais com o fim precípua de busca do bem comum. A este conjunto de normas se dá o nome de normas de conteúdo programático.¹⁹

A base constitucional da cidadania está na habilidade dos cidadãos em participar efetivamente do poder político, gestão e condução da máquina pública mediante o uso de técnicas e procedimentos previamente elaborados, “para que se propicie a verdadeira democracia, condições mínimas e indispensáveis para que se realize individual e plenamente.”²⁰ Mauro Megale da Silveira Filho ensina que

O respeito ao princípio da legalidade no modelo de Estado Social não se restringe apenas à positivação, em âmbito constitucional, das normas referentes aos direitos sociais. Vislumbra-se o respeito ao aludido princípio quando, novamente em âmbito constitucional, é traçado pelo Estado um planejamento estratégico onde se elegem prioridades e metas governamentais com o fim precípua de busca do bem comum. A este conjunto de normas se dá o nome de normas de conteúdo programático.²¹

De modo geral, nas constituições sociais prepondera os interesses de ordem coletiva em face de direitos individuais, “através da elaboração de políticas prestacionais, onde há o desvio das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva.”²² Significando assim intervenção direta na economia, criação de legislação trabalhista, regulação de preços, saúde pública, etc. Em suma, o que o Estado Social busca é assegurar direitos constitucionais através de políticas de fomento.

Esse mesmo Estado trabalha no sentido de garantir a segurança interna e externa, em sentido jurídico, de construir um Estado de justiça, e quanto a questões sociais, o de atender as necessidades assistenciais, previdenciárias e educacionais da coletividade.

O Estado Democrático de Direito, ou como alguns preferem a terminologia Estado Democrático Social de Direito, é aquele que se caracteriza pelo freio e contrapeso em relação aos poderes do Estado, é aquele que tem preocupação com o cidadão, pensando nele como sujeito de direitos.

Um ponto a ser observado neste modelo de Estado é que antes a Lei era usada apenas para barrar o poder do Estado frente aos particulares (Estado Liberal). Agora, a ênfase, por meio da legalidade, não é somente barrar os poderes do Estado, mas também o de buscar um Estado

¹⁹ FILHO, M. M. S., op.cit., p.

²⁰ FILOMENO, José Geraldo de Brito. Opus cit.. p.141

²¹ FILHO, M. M. S., op.cit., p.78

²² Ibid., p. 79

mais igualitário para todos os indivíduos. Esta talvez seja uma das maiores diferenças deste modelo com o modelo liberal.

Com Estado Democrático de Direito, a Constituição é o fundamento de todas as normas no ordenamento jurídico, inclusive a Administração Pública, pois sua atuação está prevista dentro dos limites deste ordenamento. E a Constituição Federal de 1988 contemplou a legalidade como princípio a ser observado nos atos da Administração pública. No artigo 37 está devidamente expresso que

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifei).²³

Em outras palavras, o administrador público só pode agir nos limites do que está expresso em lei. Isso significa dizer que o agente público também não pode fazer aquilo que não tem previsão legal, diferentemente dos particulares, que estão livres para fazer aquilo que não é proibido. Razão pela qual, na existência de vícios de legalidade, rotineiramente se invoca o princípio da legalidade, com o fim de desconstituir atos, mesmo que gere prejuízos a particulares. Ou ainda que coloque risco à confiança depositada na Administração. Juarez Freitas diz que a “subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartado no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável.”²⁴

Ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina a relação de subordinação que o agente público tem às Leis, portanto deve “obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”, enquanto “dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois é esta a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.”²⁵

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles ensina que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido

²³ **Constituição Federal da República Federativa do Brasil do ano de 1988.**

²⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44

²⁵ MELLO, C. 2010, p. 101

fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’ para o administrador significa ‘deve fazer assim’.”²⁶

Em suma, a atividade do agente público deve estar pautada dentro do que é previsto na norma. Não se pode tomar medidas pelo simples fato de não existir previsão legal que proíba, o limite de atuação é a legalidade.

1.2.2 Supremacia do interesse público

Levando-se em consideração a difícil determinação de interesse público, é de fundamental importância definir sobre o que se está falando, uma vez que não se pode atribuir a interesse público qualquer definição rasa, que na maior das hipóteses não possui aporte jurídico-constitucional. E neste ínterim é necessário que se faça uma discussão preliminar sobre o caráter político-jurídico acerca de interesse público.

Conforme Vedel, em sua obra de Direito Administrativo, o aspecto político-constitucional relaciona-se “à manifestação dominante da sociedade no Estado democrático, ou seja, à soberania da vontade popular.”²⁷ Aqui ele trabalha a concepção básica de representatividade nas comunidades e que legitimam os agentes políticos a transformar interesses, ainda difusos, em expressões políticas.

Mas Carlos Ernesto Maranhão Busatto, em sua dissertação de mestrado, adverte que Vedel coloca dois erros que não podem se confundir com interesse público: “compreendido como algo equivalente à simples soma dos interesses particulares e, por outro lado, de que poderia significar algo que nada tem a ver com os objetivos das pessoas ou grupos que compõem a nação.”²⁸

²⁶ MEIRELLES, 2000, p. 82. No mesmo sentido Di Pietro afirma que “a Administração só pode fazer o que a lei permite”. (PIETRO, 2004, p. 61)

²⁷ VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 173

²⁸ BUSATTO, Carlos Ernesto Maranhão., **REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO PAPEL E SIGNIFICADO DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 2011. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. p. 20

Essa concepção de que interesse público é a junção de todos os interesses individuais é uma concepção liberal, e que não leva em consideração interesses que são comuns a todas as pessoas. O interesse público, portanto, não se trata da junção de interesses, pois sendo assim cairíamos no erro de que alguns interesses individuais não viessem a público por questão de insuficiências práticas.

Porém é importante ressaltar que “nem todas as expressões políticas do interesse público positivam-se juridicamente; mas, uma vez que isso ocorra, a expressão torna-se paradigmática e mandamental: a lei passa a ser a definição “**incontestável e inviolável**” do interesse público.”²⁹(Grifei)

Ainda neste sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam diz que

Desta forma, na perspectiva política o interesse público viria delineado pelo legislador constitucional (e também infraconstitucional), a quem competiria definir os objetivos político-sociais a serem perseguidos pela ação estatal. Apesar disso, nem sempre esses parâmetros políticos do interesse público alcançam expressa positivação jurídico-constitucional.³⁰

O interesse público passa a ter relevância quando abarcado pelo sistema normativo que

(...) atribuirá tal qualidade a determinado objetivo ou interesse a ser alcançada na prática, ainda que possa haver uma inclinação social sentido contrário. Em nosso sistema jurídico, essa qualificação é estabelecida, inicialmente, pela Constituição Federal de 1988, que estabelece os fins mediatos a serem perseguidos pelo Estado (Preâmbulo e art. 3º, por exemplo), e, a partir dela, pelo exercício das funções políticas legitimadas a partir das vias representativas garantidas pelo princípio democrático, seja com a edição de atos genéricos e abstratos oriundos do Poder Legislativo, seja por meio das medidas programáticas apresentadas pelo Poder Executivo, as quais permitem que a Administração Pública transforme em ações concretas o interesse público mediata ou imediatamente reconhecido pelo direito positivo, respeitadas, por óbvio, as hipóteses e limites da discricionariedade conferida pela norma jurídica.³¹

O interesse público é reconhecido como um critério que norteia a atividade estatal na consecução dos fins que consagra a Constituição Federal, de outra parte, traz a necessidade de interpretação em situações cotidianas, e “tal indeterminação, todavia, é consideravelmente

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 430.

³⁰ CRISTÓVAM, J.S.S., op. cit., p. 104

³¹ BUSATTO, Carlos Ernesto Maranhão., op. cit., p. 20.

restringida quando o conceito é empregado em sentido jurídico-positivo nos diversos ramos da ciência jurídica.”³²

Claramente é perceptível a legalidade do interesse público, pois este é imposto à Administração, mesmo que se faça uso discricionário com o fim de atingir o interesse público.

Hoje é sabido que o conceito de interesse público ainda é controverso quanto aos significados que pode ter. A ideia clássica de que tudo se justifica em nome do interesse público já não é um consenso.

E, para isso, faz-se necessário trazer as definições clássicas do Direito Administrativo Brasileiro sobre o interesse público e sua supremacia. Neste caso devemos nos reportar às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, uma vez que este influenciou significativamente a construção do pensamento administrativista brasileiro. Vejamos o que o autor diz:

a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua função. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos dessa posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos. Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para a intervenção ao longo do processo judicial; a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para a prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc.

b) A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações estabelecidas.³³

O mesmo autor, mais tarde, em edição posterior, viria a analisar e reavaliar as suas posições acerca do significado e o que de fato é o interesse público. Que este não poderá ignorar também os interesses de ordem individual, pois mesmo que indiretamente, fazem parte do interesse público (interesses que se manifestam na ordem pública), e a este se liga. Ensina o autor:

³² *Ibid.*, p.20.

³³ MELLO, C., 1994, p. 20.

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. (...) O que fica visível, como fruto dessas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente considerados –, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridas, tal como nela estiveram os que precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão –, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos. Onde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.³⁴

Bruno Fischgold, ao seguir a mesma linha de pensamento de Celso Antônio, diz que “o interesse público é apresentado como o interesse da coletividade, de todo o corpo social, que não pode ser dissociado por completo dos interesses individuais, nem confundido com a mera somatória destes.

Celso Antônio não concebe a ideia de que o interesse público é a junção de todos os interesses individuais existente no corpo social, mas parte da premissa que há interesses que são comuns a todos os indivíduos, pois “seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem.”³⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua concepção, define a observação da supremacia do interesse público em relação ao privado. E se refere que desde o processo legislativo ao processo de execução da lei pela administração pública. Para ela todas as normas de direito público têm como objetivo garantir a segurança do interesse público, mesmo que também, por

³⁴ *Ibidi.*, p. 60-61.

³⁵ FISCHGOLD, B., **DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA A interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988**. Dissertação de Mestrado. Brasília. UNB. p 21

consequência defendam direitos individuais. E segundo a autora, o Direito Administrativo surge da dicotomia entre esfera pública e privada. E nesta toada nos ensina que

(...) de um lado, o da proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, o da necessidade de satisfação de interesses públicos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se o Estado à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.³⁶

Na visão da autora, o Direito Público, com o advento do Estado Social, passa a ter maior ênfase, superando o individualismo característico do Estado Liberal. O que em outras palavras é possível dizer que o indivíduo não é mais considerado de forma isolada no ordenamento jurídico, mas que deve estar sujeito ao interesse público. E que a atividade estatal teria como fim a promoção e defesa do interesse público para atingir o bem comum. José Sérgio da Silva Cristóvam, em sua tese de doutorado, explica o conceito de interesse público para Di Pietro, e que

(...) a administrativista pátria procura relacionar a noção de supremacia do interesse público com a ideia tomista de bem comum, pela qual o homem (ser social) procuraria não somente o seu bem, mas também aquele do grupo a que pertence, cabendo ao Estado perseguir o bem comum, aquilo que justifica a própria reunião da comunidade política. Segundo adverte DI PIETRO, esta noção de bem comum vinculada a um contexto de solidariedade social sofreria um profundo abalo com o triunfo do individualismo e das teses contratualistas e liberais do século XVIII, que teve seu ápice com a Revolução Francesa.³⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, adverte da importância de que se observe a supremacia do interesse público em todas as esferas de atuação, como por exemplo, desde o momento de elaboração de uma lei até a sua execução pela Administração Pública. Afinal, para ela, todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, ainda que reflexamente protejam direitos individuais.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93

³⁷ CRISTÓVAM, J.S.S., *op. cit.*, p. 124

Di Pietro não deixa clara qual a sua posição e concepção de interesse público, restringindo-se a classificá-lo com o bem comum. E “ao mesmo tempo, contrapõe os direitos individuais ao interesse público e afirma que os institutos do direito administrativo desenvolveram-se justamente a partir da dicotomia público/privado.”³⁸

Hely Lopes Meirelles, ensina que “os fins da administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo.”³⁹

O autor aborda que sempre que houver conflitos de interesse de ordem individual versus ordem pública, prevalecerá o que trata de interesse público, uma vez que visa o bem comum. Porque a supremacia do interesse público é intrínseca à organização estatal, uma vez que o Estado é o detentor do interesse público. Vejamos:

Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração.⁴⁰

Em suma, como se vê dos três autores, é que a defesa do interesse público se reflete como objetivo de prima face da atividade estatal. Nas palavras de Bruno Fischgold, os três autores possuem muitos pontos de convergência no que se refere ao conceito de interesse público, pois partem de “um pensamento marcadamente influenciado pela consolidação dos pressupostos do paradigma do Estado Social e também pela difusão do positivismo jurídico de Hans Kelsen no direito brasileiro.”⁴¹

Talvez a grande confusão que se faça tanto por meio da administração pública é interpretar interesse público como interesse da administração, tampouco o Estado é titular desse interesse. Já em 1979, Torne Jimenez trazia a definição que “já não é o Estado que assume o

³⁸ FISCHGOLD, B., **DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA A interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988**. Dissertação de Mestrado. Brasília. UNB. p. 24

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros. 32ª edição. São Paulo, 2006. p. 86.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros. 32ª edição. São Paulo, 2006. p. 83.

⁴¹ FISCHGOLD, B., op. cit., p. 29.

controle e perfil do que deva entender-se por interesse público; mas é a mesma sociedade, o conglomerado de associações e organizações que indicam ao Estado.”⁴²

Por outro lado, é importante observar que o interesse público não está expresso na vontade da maioria, porque assim excluiria grupos minoritários, e que nunca poderiam participar do processo de formação da vontade administrativa.

⁴² JIMENEZ, Torne. **De la democracia a la participación: remodelación de instituciones administrativas, in administración y constituicion. Estudios em homenaje al profesor Mesa Moles.** Madri:1979 p. 580

2 A CRISE DE PARADIGMA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O paradigma da Supremacia do Interesse Público caracteriza o Direito Administrativo como tradicionalmente tem sido ensinado no Brasil. Como foi abordado no capítulo anterior, e como explica, por exemplo, Di Pietro, os princípios centrais que marcam o Direito Administrativo são a legalidade e a supremacia do interesse público.

No entanto, uma nova geração de juristas, como por exemplo, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Bruno Fischgold, começa a questionar as bases desse Direito Administrativo. Segundo esses juristas, é corriqueiro que o Estado atue afirmando que determinada ação está compreendida em sua esfera de discricionariedade – na qual, o Estado, a Administração Pública pode escolher como irá atuar.

Em muitos desses casos, o Estado justifica sua ação afirmando que ela está em conformidade com ou que ela visa alcançar o interesse público. Porém, como afirmam os críticos, em muitos desses casos, o que o Estado faz é desrespeitar direitos e garantias individuais em nome de um interesse público que seria excessivamente abstrato. Por isso, os autores que colocam em xeque a Supremacia do Interesse Público afirmam que o Estado não está atuando conforme sua discricionariedade legítima, mas que o Estado está agindo de forma arbitrária.

Diante dessa discussão, neste capítulo propõe-se problematizar inicialmente o que caracteriza o paradigma na ciência a partir do autor que primeiramente o caracterizou, Thomas Kuhn.

Em seguida, explica-se como se deu o fenômeno conhecido como Constitucionalização do Direito. A partir, da Segunda Guerra Mundial, vários países vivenciaram esse fenômeno com a afirmação de direitos e garantias fundamentais como limites para o exercício do poder, fenômeno acompanhado da afirmação da Constituição como o ápice do ordenamento jurídico, cujas normas se espraiam por todo o sistema e devem ser respeitadas por todo o Estado – em seus poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito ganhou corpo também a crítica de que o Estado deve em sua atuação respeitar os limites dos direitos e garantias fundamentais estipulados na Constituição, mesmo quando sua atuação afirme se pautar no interesse público.

Discute-se, então, como o paradigma da Supremacia do Interesse Público tem sido colocado em xeque por seus críticos. Tem-se duas correntes de críticos: uma que vai afirmar que será necessário realizar a ponderação entre o princípio da supremacia do interesse público e o direito fundamental que esteja em questão no caso concreto (nesse sentido, afirmam que o interesse público não pode prevalecer sempre diante dos direitos individuais) e outra corrente que afirma que o novo paradigma do Direito Administrativo deve ser a dignidade da pessoa humana (com uma tendência a afirmarem que os direitos individuais devem prevalecer sempre diante do interesse público).

2.1 Paradigma e crise de paradigma do conhecimento

Para Thomas Kuhn, os “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”⁴³ Em outras palavras, o paradigma se trata de um modelo aceito por uma grande quantidade de adeptos, ele ainda diz que o paradigma é um “é um objeto a ser mais bem articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas.”⁴⁴ O paradigma, também pode ser compreendido como o norte que orienta determinada área em questão. Marcelo Cattoni, ao se referir sobre o que diz Habermas, adverte que não tomemos apenas o exemplo de Kuhn ao tratar de paradigma nas ciências naturais.

As visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade. Um paradigma de direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas.⁴⁵

Quando se trata da crise de um sistema é interessante notar que a existência de enigmas ou anomalias dentro de um sistema não caracteriza por si uma crise de paradigma. A anomalia dentro de uma sistema se torna problemática quando ela é observada atacando princípios

⁴³ KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991. p.41.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy**. Cambridge: The MIT, 1996. p. 194-195. Apud., CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 54.

fundamentais de um paradigma e resistindo ao esforço de uma comunidade científica em removê-la.

[...]uma análise das características de um período de crise na ciência exige tanto a competência de um psicólogo quanto a de um historiador. Quando as anomalias passam a apresentar problemas sérios para um paradigma, um período de “acentuada insegurança profissional” começa. As tentativas de resolver o problema tornam-se cada vez mais radicais e as regras colocadas pelo paradigma para a solução dos problemas tornam-se, progressivamente, mais frouxas.⁴⁶

A crise passa de fato a apresentar maior grau de seriedade quando dentro de uma comunidade de cientistas já não mais existem dois paradigmas, mas dois paradigmas rivais e que buscam supremacia, como ele mesmo sugere “para uma anomalia originar uma crise, deve ser algo mais do que uma simples anomalia.”⁴⁷ E como Kuhn descreve em sua obra, “o novo paradigma, ou um indício suficiente para permitir uma articulação posterior, surge de imediato, algumas vezes no meio da noite, na mente de um homem profundamente imerso na crise.”⁴⁸

Neste sentido, a crise de um paradigma, ainda, significa a falência de um sistema dominante, onde se vê impossibilitado de dar respostas satisfatórias para as anomalias existentes. A partir da crise se observa também novas respostas, não mais dentro do velho paradigma, mas em um outro, que será caracterizado como um novo sistema de valores e que olhará o sistema no qual ele se insere a partir de uma nova perspectiva, e por conseguinte nasce um novo paradigma. Sobre o surgimento do novo paradigma, é interessante a lição trazida pelos professores Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira, na Universidade Federal da Bahia. Vejamos.

Se você ficar sempre considerando as normas, você estará no paradigma vigente, no paradigma existente. Só quando saímos do paradigma vigente é que vamos pensar em outras possibilidades. Por outro lado, a sua investigação, a sua curiosidade pode lhe orientar a buscar alguma outra coisa além das normas, além do dogmático. E quando você busca alguma coisa além do dogmático, você pode quebrar o paradigma. Mas você tem que considerar que a investigação é estimulada por um paradigma que está querendo surgir, querendo brotar. E esse brotar é possível se você desconsiderar o paradigma normal.⁴⁹

O paradigma não pode ser analisado de maneira isolada e concluir que as crises que nele ocorrem decorrem apenas de incongruências internas. Mas quando se transporta o modelo de paradigma para o Direito se percebe que a crise decorre não somente do Direito, mas dentro

⁴⁶ KUHN, Thomas s., op. cit., p. 67-68.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁸ *Ibid.*, p.84.

⁴⁹ Aula ministrada pelos professores Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira, na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito, no Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, em 23 ago. 2016.

de todo o modelo político de Estado que se tem, uma vez que o ordenamento jurídico é a expressão de uma organização política, social e econômica.

A crise também decorre do conflito de interesses que surgem dentro do Estado, e para tanto as discussões ou como preferirem usar, crises, se dão no âmbito dos interesses que estão em jogo quando se quer ou não superar um sistema afim de por outro no lugar.

A sugestão de definição aceita neste trabalho seria a de “paradigma mais aceito” e que se admite a existência, ou pelos menos se percebe, de outros paradigmas que com ele concorrem. Ora, o paradigma mais aceito consegue se sobressair ao menos aceito, vice-versa. Sobre isso, vejamos o que diz José D’Barros Assunção.

Com as ciências humanas, não é preciso insistir no fato de que é muito mais comum identificarmos, ao longo de toda a sua história, o eterno padrão dos “paradigmas concorrentes” que se dão ao mesmo tempo, em recíproca descontinuidade. Aqui, se cada teoria permite de fato colocar e resolver novos problemas, não se pode dizer que um paradigma supere o outro, em absoluto. É assim que, desde há muito, historiadores e sociólogos se acostumaram a conviver com uma expressiva diversidade de paradigmas relativos aos seus campos de saber, e também de teorias concorrentes concernentes aos seus mais diversos objetos de estudos.⁵⁰

A ideia trabalhada no texto de Assunção é a de que nas ciências sociais e humanas não há um paradigma único e hegemônico e que é fruto do rompimento drástico com outro paradigma anterior e derrotado, mas que os paradigmas dialogam entre si. E quando se refere aos historiadores, ele conclui que o grupo “jamais se pronuncia em bloco a favor da adoção de um único paradigma, mesmo ao cabo de algumas gerações.”

O eficaz aparato conceitual proposto por Thomas Kuhn para compreender a História da Ciência veio a ocupar um lugar de inegável destaque no âmbito dos estudos sobre a história dos diversos campos disciplinares. O conceito de paradigma, todavia, clama por algumas adaptações conforme o apliquemos a um ou outro campo de conhecimento, em especial quando temos em vista as ciências sociais e humanas. É importante lembrar que, em outro momento de suas reflexões, ao procurar aparar arestas de seu quadro conceitual, Thomas Kuhn chegou a falar em uma “matriz disciplinar” – noção que poderia se mostrar mais eficaz no que se refere ao universo mais amplo de valores que afetam cada comunidade científica em questão.⁵¹

O Direito, como área do conhecimento no campo das ciências sociais, encaixa-se nessa problemática – não caracteriza ciência no sentido positivista,⁵² pois não trabalha com aquilo

⁵⁰ ASSUNÇÃO, José D’Barros. **Sobre a Noção de Paradigma e seu Uso nas Ciências Humanas**. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas. UFSC. v.11, n. 98, p.426-444, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>.

⁵¹ *Ibid.*, p. 11.

⁵² (LARENZ, 2009, p. 125) “Com exceção da lógica e da matemática, o conceito positivista de ciência só admite como científicas as disciplinas que se servem dos métodos das ciências da natureza, ou seja, de uma pesquisa

que se observa em microscópios, mas como Karl Larenz mesmo adverte, é um outro universo de produção de conhecimento (ciência).

No Direito há a existência de princípios básicos e estruturas que são comuns a todos os seus operadores criando um grupo irreduzível, “e que, de certo modo, é o que marca a identidade do campo em relação a outras áreas de saber – constituindo, por assim dizer, o “núcleo duro” de uma matriz disciplinar.”⁵³

O Direito está acostumado a lidar com pressupostos teóricos que normalmente são aceitos na comunidade jurídica, então se pode falar não apenas do paradigmas, mas de uma noção plural de paradigmas.

A título de exemplo, está convencionado no princípio da legalidade que o administrador público só poderá fazer aquilo que lhe for permitido fazer em lei, podemos trazer a lição de Gustavo Binbenbojm: “tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com (...) a lei.”⁵⁴ Segundo ainda o próprio Binbenbojm, o princípio da legalidade está em crise, e deveria ser substituído pelo paradigma da juridicidade.

Entretanto, esse paradigma está superado, como ressalta Gustavo Binbenbojm, o ofício administrativo não se limita à mera aplicação da lei, ao contrário, desde sua criação, o Direito Administrativo carrega em si amplos espaços discricionários que contradizem a ideia tradicional de legalidade e a ausência de vontade da administração. (...) a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.⁵⁵

Segundo Binbenbojm, a premissa de que “na administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza” é um paradigma ultrapassado,

causal que assente na observação, na experimentação e na recolha de factos. Ora, não só a ciência do Direito, mas também as chamadas ciências do espírito, como, por ex., a linguística, a história de arte, da filosofia e da literatura, e, muito mais ainda, a filosofia e a teologia, são manifestamente incompatíveis com semelhantes métodos. Se estas ciências não devem ser todas excluídas do círculo das ciências reconhecidas, então carece de crítica o próprio conceito positivista de ciência.”

⁵³ ASSUNÇÃO, José D’Barros. **Sobre a Noção de Paradigma e seu Uso nas Ciências Humanas**. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas. UFSC. v.11, n. 98, p.426-444, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2ª edição, Renovar, 2008, Rio de Janeiro

⁵⁵ SILVA, Almiro Couto apud BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. p.35.

porque o administrador público “não se limita à mera aplicação da lei, ao contrário, desde sua criação, o Direito Administrativo carrega em si amplos espaços discricionários que contradizem a ideia tradicional de legalidade e a ausência de vontade da administração.”⁵⁶

Essa crise do paradigma da legalidade no sentido tradicional se caracteriza principalmente com a constitucionalização do Direito, devido a valorização das garantias individuais como limites supremos a atuação do Estado, mas também pela afirmação dos princípios constitucionais como orientadores da atuação do Estado.

Vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, a de submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido puramente formal; e falar em submissão do Estado ao Direito significa falar em observância dos valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e agasalhados implícita ou explicitamente na Constituição, tais como os que constam no preâmbulo da Constituição.⁵⁷

Para além da crítica que se faz, a legalidade ainda é um princípio vigente em nosso Direito pátrio, Binjenbojm admite que “apesar de a lei do parlamento, no sentido literal clássico, encontrar-se em crise, ela ainda é importante fonte do direito administrativo, sendo o meio constitucional através do qual são ordinariamente criados direitos e obrigações.”⁵⁸ Mas também adverte que este “velho modelo” não serve mais para tudo e que pouco a pouco o princípio da juridicidade tem ganhando cada vez mais espaço.”⁵⁹

Ainda pode-se visualizar a reflexão de Assunção:

O universo das ciências sociais e humanas, enfim, oferece desde cedo aos seus praticantes uma complexa rede de paradigmas e posicionamentos teóricos que devem

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. n. 5. jan./fev./mar. 2006. P. 20.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. n. 5. jan./fev./mar. 2006. P. 20

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª edição, Renovar, 2008, Rio de Janeiro p. 147

⁵⁹ (BINENBOJM, 2008, p. 36-37) “Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo.”

“No Recurso Especial nº 1001673, o STJ assim decidiu “[...] 4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.” “No mesmo sentido, no Mandado de Segurança nº 26.849, o STF pontuou que “[...]A rigor, nos últimos anos viu-se emergir no pensamento jurídico nacional o princípio constitucional da juridicidade, que repudia pretensas diferenças estruturais entre ato de poder, pugnando pela sua categorização segundo os diferentes graus de vinculação ao direito, definidos não apenas à luz do relato normativo incidente na hipótese, senão também a partir das capacidades institucionais dos agentes públicos envolvidos.”

ser escolhidos, caso a caso, para a prática da produção de conhecimento em cada um dos campos de saber. Não é com a sucessão de paradigmas que suplantam uns aos outros, e que fazem a ciência avançar a partir de rupturas irreversíveis, que lidam os cientistas sociais e humanos, mas sim com a possibilidade de estabelecerem uma comunicação entre mundos distintos.⁶⁰

Segundo Dermeval Rocha da Silva Filho, “o paradigma da legalidade caminhará normalmente com o paradigma ou matriz disciplinar da juridicidade, em que pese este último esteja ainda fase de aceitação no país.”⁶¹ Ou seja, para Dermeval Rocha, a legalidade, enquanto paradigma vigente, caminhará em concomitância ao paradigma da juridicidade, onde ambos serão aplicados de acordo com o caso concreto, ou ainda simultaneamente.

2.2 A Constitucionalização do Direito: supremacia da constituição e afirmação dos Direitos fundamentais

Inicialmente, é interessante trazer o marco histórico que este tópico busca observar. O período que se pode considerar como divisor de águas no Direito Constitucional, no continente europeu, sem dúvida foi a partir do pós-guerra, principalmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, se observa a partir da Constituição de 1988.

Na Europa, logo após a segunda Grande Guerra e no decorrer do século XX se viu a necessidade de evidenciar o Direito Constitucional sobre as instituições. A concepção de democracia e constitucionalismo aproximadas trouxe uma nova forma de organização políticas aos estados, e que recebe nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado Constitucional Democrático.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do

⁶⁰ ASSUNÇÃO, José D’Barros. **Sobre a Noção de Paradigma e seu Uso nas Ciências Humanas**. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas. UFSC. v.11, n. 98, p.426-444, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdespesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>.

⁶¹FILHO, DERMERVAL ROCHA DA SILVA. **A CÊNCIA DO DIREITO E THOMAS KUHN**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 2, P.282-302 jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/110/155>

administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.⁶²

O caso brasileiro, como já dito na introdução deste tópico se deu com a reconstitucionalização do país, no advento da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna de 88 representa, então, a transição de um Estado de regime autoritário, para um Estado Democrático de Direito, como se pode extrair de seu preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático.”⁶³

A partir do texto da Constituição, o Direito passou a ser olhado a partir do seu prisma, “o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.”⁶⁴ A partir disso, é possível observar que todo o ordenamento jurídico se sujeita à supremacia da Constituição, onde todos os interesses, deveres e garantias são abarcados em seu texto.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.⁶⁵

A constitucionalização do Direito, trouxe não apenas a proteção de garantias individuais, mas também limites e deveres para o ente estatal, uma vez que o Estado, enquanto sujeito que cria e aplica normas, também está obrigado ao cumprimento do que prevê a Carta Magna. A jurisdição constitucional será exercida por juízes e tribunais, quando difusamente, e de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal: a Constituição sempre será o paradigma.

Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador;

⁶² Barroso, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. v.240: 1-42, Rio de Janeiro, Abr.~Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>

⁶³ **Constituição Federal de 1988**

⁶⁴ Barroso, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. v.240: 1-42, Rio de Janeiro, Abr.~Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>

⁶⁵ *Ibid.*

- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.⁶⁶

Tendo em vista tal fenômeno, cabe aqui analisar a relação que ele estabelece com o Direito Administrativo. A Constituição Federal de 1988 abarca em seu rol uma quantidade considerável de normas que se voltam para a Administração Pública, que apreciam os limites de atuação do agente público.

Da constitucionalização do Direito decorre que o administrador está vinculado ao que está previsto no texto constitucional e não somente mais à legislação infraconstitucional, por isso o princípio da legalidade “transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.”⁶⁷

E desta constitucionalização, cabe ao administrador público levar em consideração direitos e garantias fundamentais e interesses privados todas as vezes em que houver uma situação de conflitos de interesses em que de um lado está o ente público e o particular.

E isso quer significar que neste novo viés não pode o administrador público fazer tudo que lhe apraz, sem que esteja lastreado no que lhe é permitido fazer, e para além disso, sem que se deixe de considerar o interesse do particular frente ao Estado.

Se assim não for, não se pode falar em Estado Democrático Constitucional de Direito, uma vez que o mesmo não é apenas prestador de serviço e detentor de interesses, mas também atua na defesa das garantias que estão preconizadas no texto constitucional. E a partir do texto constitucional se tem toda a orientação de atuação em sociedade, não apenas para a esfera pública, mas também privada.

Não se pode, de outra parte, transformar o constitucionalismo em carta coringa todas as vezes em que o particular não concorda com determinado ato da Administração Pública e por não achar qualquer fundamental legal plausível se valer do mesmo. Em outras palavras, não

⁶⁶ Barroso, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. v.240: 1-42, Rio de Janeiro, Abr/Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>

⁶⁷ Ibid.

é objetivo do constitucionalismo baratear o Direito e reduzi-lo ao interesse privado. Se assim é, não se pode falar em Estado Democrático de Direito, mas em Estado Liberal. Uma vez que o papel do Estado só atua como fiscal da legalidade, no que se refere a proteção de garantias puramente individuais.

Ainda sobre esta lição, reafirma-se o carácter liberal desse tipo de concepção de entender que a função precípua do Estado é a de somente proteger interesses de ordem individual. Por isso é necessário que não se reduza o constitucionalismo apenas à defesa de garantias.

2.3 Colocando em xeque a supremacia do interesse público

Corrente recente no Direito Administrativo, de autores já citados anteriormente no texto (Humberto Ávila, Gustavo Binbenbib, Bruno Fischgold, por exemplo) tem nos últimos anos relacionado a supremacia do interesse público como grande fator de agressão de direitos e garantias fundamentais. Uma vez que as relações com os particulares, em nome do interesse público são verticais.

Em nome do interesse público, a Administração, possui privilégios típicos de contratos administrativos. E na nova ordem constitucional é inadmissível pensar num princípio que se sobreponha ao outro sem que se faça juízo de ponderação, com o fim de que ambos os interesses possam ser acomodados.

As discussões sobre a supremacia do interesse público têm se intensificado nos últimos anos. E a partir disso, “o conceito de interesse público vem sendo alterado ao longo do tempo, em face da evolução histórico-cultural dos regimes democráticos.”⁶⁸

Marçal Justen Filho orienta que não se pode confundir os interesses da Administração Pública com interesse público, ou ainda com o interesse daqueles que trabalham na máquina pública. José Sérgio da Silva Cristovam, ao escrever sobre Celso Antônio Bandeira de Mello, “adverte que as prerrogativas e privilégios decorrentes da supremacia do interesse público

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. In: Revista trimestral de Direito Público nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999. P. 116

somente deveriam ser aplicados na exata consecução do interesse público.”⁶⁹ Ou seja, as prerrogativas de interesse público só deveriam ser aplicadas quando de fato, e comprovadamente houver interesse público em jogo, não a todo tempo e vontade do administrador na defesa do interesse público.

Binenbojm aponta que “interesse público deve ser entendido no sentido da máxima realização de todos os interesses, individuais e coletivos, protegidos juridicamente. O autor explica que

Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto da tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso, v. g., da manipulação do aparato individual em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor segurança individual.(...)

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de “interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do direito)”. O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.⁷⁰

No mesmo sentido:

A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais.⁷¹

Da visão do autor se depreendem duas coisas diferentes e que ele coloca ambas como interesse público. A primeira delas se trata dos interesses individuais, e que possuem proteção jurídica dentro do Estado Democrático de Direito. E em segundo lugar, interesses de ordem

⁶⁹ CRISTÓVAM, J.S.S. **O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES**. 2014 Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 125

⁷⁰ BINENBOJM, 2008, p. 103-124.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 50.

coletiva, também protegidos juridicamente. Neste sentido, a junção de todos esses interesses (individuais e coletivos) comporta a noção de interesse público.

Em suma, o autor tem a intenção de colocar ou redefinir interesse público a partir da premissa liberal de que todos os interesses individuais juntos resultam em interesse público. Talvez, de forma preliminar, também pode-se afirmar que essa também é uma discussão político-ideológica que se trava no sentido de definir o que é interesse público ou não.

Como afirma José Sérgio, a crítica ao princípio da supremacia do interesse público tem matriz constitucional, e “avança-se para o paradigma emergente da dignidade humana, dos direitos fundamentais e do parâmetro constitucionalizado da ponderação de interesses.”⁷²

O instituto jurídico passa por novas significações, e que devem caminhar para uma “adequação à carta de direitos fundamentais, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela teoria da ponderação de interesses.”⁷³

Segundo Humberto Ávila, o princípio da supremacia do interesse público não encontra aporte principiológico, nem normativo. Pois segundo o autor, a Constituição brasileira tem como objetivo defender interesses individuais, e que a mesma sempre agirá no sentido de proteger os direitos e garantias individuais toda vez em que houver conflito com interesse de ordem coletiva, e que a partir do texto constitucional não se pode extrair o interesse público ou que “aceitá-lo como norma-princípio significaria sucumbir à inconsistência sistêmica que representa.”⁷⁴ Norma-princípio, que se trata de “fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito. (...) Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito.”⁷⁵

O referido princípio, porquanto determine a preferência ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.⁷⁶

⁷² CRISTÓVAM, J.S.S., op. cit., p. 141.

⁷³ Ibid., p.85.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 96

⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 179

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 95

Para o autor interesse público e interesse privado são indissociáveis, uma vez que quando o Estado age no sentido de proteger interesses privados não existe colisão com o interesse público, uma vez que este também se coloca como um fim público.

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado. (p.ex. preâmbulo e direitos fundamentais).⁷⁷

Desta forma o autor enuncia a necessidade de que haja ponderação entre os interesses, quando estes estiverem em disputa. Tal postulado coloca que se deve acomodar ambos os bens jurídicos, sem que se preterir um em detrimento de outro.

E como ensina Gustavo Binbenojm, não “há como conciliar no ordenamento jurídico um “princípio” que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público.”⁷⁸ E na visão do autor que

o postulado da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. Na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.⁷⁹

Mesmo sabendo que a temática tem sido grande alvo de debate na doutrina brasileira, a Suprema Corte vem aplicando o princípio da supremacia do interesse público em suas decisões. Vejamos aqui dois exemplos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA DA FEDERAÇÃO SINDICAL – LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) – AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO – APARENTE INOCORRÊNCIA

⁷⁷ Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in *O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, 1999, p.111.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 98

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 107

– NÃO CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. Federação sindical, ainda que de âmbito nacional, não dispõe de legitimidade ativa para promover a instauração do controle normativo abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, eis que, no âmbito da organização sindical brasileira, e para os fins a que se refere o art. 103, IX, da Carta Política, somente as Confederações sindicais possuem qualidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. Responsabilidade civil das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92.⁸⁰

ADMINISTRATIVO. CONCURSO DE REMOÇÃO. ADVOGADO GERAL DA UNIÃO. PARTICIPAÇÃO NO CONCURSO PARA ASSEGURAR VAGA EM OUTRA LOCALIDADE. PERMANÊNCIA NA CIRCUNSCRIÇÃO ONDE ATUA. IMPOSSIBILIDADE DE REMOÇÃO. NORMAS DO EDITAL OBSERVADAS. INTERPRETAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA. I – Estatui o brocardo jurídico: “o edital é a lei do concurso”. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame. II – No caso dos autos, muito embora tenha o autor proposto requerimento administrativo ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União face à realização de dois novos concursos, o mesmo foi denegado, exaurindo-se aí suas possibilidades de ingressar com novos pleitos em relação ao certame regido pelo Edital nº 01/2003. O impetrante ataca um determinado ato, qual seja a Portaria nº 308/2003, embasando-se, todavia, em critérios de ato diverso, anterior e acabado, não mais sujeito à impugnação. III – Consoante já se manifestou este Superior Tribunal de Justiça, a interpretação dos atos administrativos deve levar em conta seus princípios basilares. Dentre eles, destaca-se o da supremacia do interesse público, que só poderá ser mitigado em caso de expressa previsão legal. IV – A ausência do interesse da Administração reside tão somente na obrigatoriedade da iniciativa na realização do concurso de remoção, quando o número de vagas for inferior ao dos demandantes, o que não significa que a Administração deva promover a remoção de um servidor atendendo a nítido interesse particular. V – Ordem denegada.⁸¹

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1003/DF Medida Cautelar**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão: Plenário. Julgamento: Brasília, 1º.8.1994. Publicação: DJ: 10.9.1999

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 9.253/DF**. Impetrante: Valdemar de Oliveira Leite. Impetrado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilson Dipp. Órgão: Terceira Seção. Julgamento: Brasília, 18 de maio de 2005. Publicação: 8.6.2005

Ainda no que tange ao princípio da ponderação, Humberto Bergmann Ávila tece que “a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios.”⁸²

A partir da crítica, conclui-se que o interesse público nunca desfrutará de supremacia todas as vezes em que estiver em situação de contraposição ao interesse particular, e para tanto será utilizado o princípio da ponderação quando estiverem em jogo interesses distintos, onde “os poderes estatais só se justificam para a realização de interesses públicos; são, por isso, meramente instrumentais. Mas só é interesse público “o assim qualificado pela ordem jurídica, não aquilo que o eventual ocupante do poder entenda como tal.”⁸³

Então, desta forma se entende que, na visão de Humberto Ávila, que não existe ou não se deve existir a supremacia de um interesse público sobre um interesse de ordem privada. Mas ele não deixa claro que o referido princípio não é princípio, pois admite ponderação de principiológica entre a supremacia do interesse público com o privado.

Então, em última análise, ele admite se tratar de um princípio, onde no caso concreto em que houver uma relação de conflitos de interesses será realizada ponderação de princípios para que não haja maiores prejuízos para as duas partes envolvidas.

12.4 Crítica: a dificuldade em se conciliar respeito aos direitos individuais e atuação do Estado conforme o interesse da coletividade

Para além da crítica que se faz à supremacia do interesse público versus interesses individuais, é preciso buscar as inconsistências que a crítica feita por Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Marçal Justen Filho, dentre outros.

Primeiramente, é de salutar importância retomar que a supremacia do interesse público não visa colocar num grau de inferioridade direitos e garantias individuais, pois ao ser pautada pela defesa do interesse público também está voltada à defesa desses direitos e garantias, que

⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p.94

⁸³ Frota, Hidemberg Alves da. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular**. Revista de Direito Administrativo. v. 239, p. 45-66, Rio de Janeiro, Jan/Mar.2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44043/44715>

na maioria das vezes se manifestam de forma privada. Vejamos lição sobre o assunto trazida por Emerson Gabardo.

O princípio ora em foco trata da supremacia do “interesse” público sobre o “interesse” privado e não do “direito” público sobre o “direito” privado, ou mesmo do “interesse público” sobre o “direito subjetivo privado”. Portanto, o princípio não trata de direitos, mas sim de interesses, a partir de uma alocação do público em situação de preferência normativa e axiológica em face ao particular.⁸⁴

Ao longo da crítica que se faz à supremacia do interesse público se observa que a máxima que se coloca é que não existe base constitucional no referido princípio, e que sequer é princípio. Em outros momentos afirmam que o interesse público é a junção de todos os interesses individual, e que a sua supremacia se dá na satisfação de todos os interesses individuais. Emerson Gabardo quando se refere ao tema explica que

Os argumentos contra a supremacia do interesse público desenvolvidos neste locus pós-moderno ou se equivocam em termos lógicos (ao confundir direitos e interesses) ou “argumentam pleonasticamente” (ao propor que o interesse público deve respeitar os direitos fundamentais; que não pode afrontar a proporcionalidade; e que não pode sobrepor-se às demais normas constitucionais).⁸⁵

Então, a partir disso, não há que se falar mais em interesse público, quiçá considerá-lo como expressão de todos os interesses de ordem individuais, mas apenas de interesse individual que pode ou não ter manifestação pública. Sobre o assunto, vale destacar o que ensina Emerson Gabardo ao se referir à crítica da supremacia do interesse público. Vejamos.

Ávila contesta tanto a possibilidade de que a supremacia seja um princípio quanto seja um postulado, em razão do que a distinção torna-se relevante apenas para melhor elucidar as conclusões de sua argumentação. O autor afirma que, da forma como considerada, a supremacia não seria um princípio na medida em que não admite ponderação nem concretização gradual; as suas possibilidades de concretização consistiriam em exceções e não graus, considerando que a prevalência é sua única possibilidade. Nesta mesma linha de raciocínio, Gustavo Binenbojm elabora a estranha afirmação de que “um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”. Não é preciso se alongar na impropriedade formal da própria colocação, pois não resulta nada atípico que um princípio “afirme que seja aquilo que é”, pois ele é um a priori, um pressuposto. Imaginar a ocorrência de um princípio que seja condicional nos seus próprios termos é um inaceitável silogismo. Seria difícil afastar tais teorias deste problema.⁸⁶

⁸⁴ GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais. vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>

⁸⁵ *Ibid*, p.119

⁸⁶ *Ibid*, p.105

É uma premissa liberal, uma vez que não existem mais critérios legais que definem os limites de atuação pública ou privada, apenas interesses de carácter político, ideológico e econômico. É corrente anti-estatista, em que “ideias e práticas neoliberais típicas da década de 90, e que vêm se reinventando, têm como ponto nuclear a proposta de flexibilização do regime jurídico administrativo a partir de uma postura reducionista com relação aos fins do Estado.”⁸⁷

Desta feita, há que se considerar que a partir dessa perspectiva o Estado se reduza apenas a um carácter policial de legalidade, em que se torna árbitro com pouca influência, quando se trata da defesa de, mais uma vez, direitos e garantias individuais.

A idéia da necessidade de que seja garantida a autonomia humana, e assim proteger a capacidade que os indivíduos têm de tutelar seus interesses privados possibilitou uma posição subsidiária da coletividade na definição do bem público. Assim, “autonomia significa uma “liberdade interdependente”, distinguindo-se, portanto, da “eleutheria”, que denota uma liberdade na total independência.”⁸⁸

Outro grande problema que se percebe na dita crítica é o de que nem sempre se defendem os direitos e garantias fundamentais, mas se defende muito mais interesses de ordem econômica. Quando se vê dois interesses privados em conflito e a Administração Pública escolhe, no caso concreto, por um destes porque entende que deve se pautar pela supremacia do interesse público que aquele direito escolhido seja preservado.

Por exemplo, o interesse de uma comunidade em se ter preservado o seu direito ao meio ambiente versus o interesse privado de outro grupo que deseja modificar totalmente determinada área com vista a produção de riquezas a partir da desapropriação daquele espaço para a construção de equipamentos de lazer privado iminentemente econômico.

Aqui pode ser visualizado dois interesses de ordem privada, o de permanecer no lugar onde sempre se viveu em conflito com o de empreender em uma área que tenha potencial turístico-econômico, mas que para isso parte da população ali existente terá que sair daquela comunidade. E numa situação em que se opta pelo interesse daquela pequena comunidade se

⁸⁷ *Ibid*, p.104

⁸⁸ GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais. vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>

opta em última análise defender a supremacia do interesse público de se garantir direitos fundamentais. E neste sentido, se faz necessário trazer a lição que Emerson Gabardo coloca a partir da discussão que se faz em torno da supremacia do interesse público.

A pergunta que fica é: como seria possível extrair uma noção válida de cidadania a partir do interesse privado predominando sobre o interesse público? De há muito a sociologia política reconhece que “o indivíduo é o pior inimigo do cidadão”. O cidadão adota como postura ética buscar seu bem-estar mediante o bem-estar da cidade; o indivíduo é cético em relação à causa comum. Para o indivíduo não há sentido em “interesses comuns” senão o de permitir que a autonomia privada satisfaça suas próprias necessidades, em razão do que não lhe parece justo imaginar qualquer motivo para que o interesse público prevaleça sobre o privado. Reacomodar o sujeito autônomo no corpo republicano dos cidadãos não é tarefa fácil. (...) O princípio da supremacia do interesse público a partir de uma perspectiva constitucionalizada deve possuir diferentes níveis de significação, dentre os quais necessita reconhecer que: 1. a atuação do Estado deve se ocupar não só do bem-estar dos indivíduos atuais, mas também das gerações posteriores; 2. o interesse público tem que relevar não somente interesses nacionais, mas também os que ultrapassam esta esfera, considerando a humanidade como um todo. Ademais, “um dos fatores fundamentais favoráveis ao sucesso de uma democracia é um público imbuído de interesse público”. Logo, não basta um reconhecimento eminentemente jurídico se não existe um “lastro social” que dê respaldo à existência de um interesse público formalmente estabelecido.⁸⁹

E neste sentido, o Estado, na perseguição do interesse público, que não é a concepção de vários interesses que são comuns a todos irá se pautar pela defesa do que é comum a todos os sujeitos, não o que surge como interesse na esfera individual e tem manifestação pública. Não se pode colocar nas mãos da esfera privada a capacidade de tutelar o interesse público ou poder de dirimir as dicotomias que surgem da vida em sociedade.

Nesse sentido, a preservação do interesse público, busca antes de tudo a real garantias de direitos fundamentais, uma vez que está sempre voltada a equiparar situações de desequilíbrio, para que consiga implementar o que está disposto ao longo da Carta Constitucional. É impossível também pensar uma sociedade na qual apenas uns poucos tenham assegurados seus direitos e garantias fundamentais.

E tendo em vista essa discussão, a pergunta que se faz é: quais os reais interesses com a desconstrução da supremacia do interesse público? E quais interesses seriam supremos. Porque o que se conclui da crítica é que os interesses individuais sempre terão supremacia em situações de conflito com o interesse público.

E a segunda pergunta que se faz é: a quais grupos interessa desconstruir a supremacia do interesse público? E quem são os sujeitos que constantemente travam discussões com o fim

⁸⁹ *Ibid.*, p.120

de defender interesses que são objeto de conflito? A resposta parece óbvia, quem de fato realmente litiga com o Estado nesse nível de discussão são outros sujeitos, possuidores também de direitos e garantias fundamentais, diferente da grande parte da população brasileira, que em sua grande maioria carece de acesso à justiça por questões materiais, ou ainda por terem interesses diferentes dos que questionam a supremacia do interesse público.

E cabe ainda trazer que não se trata de preterir a esfera privada, sem reconhecer a titularidade de direitos que todos os sujeitos indistintamente possuem. Ainda, sobre esta temática adverte que é necessário a existência de equilíbrio entre o público e o privado. Vejamos o que diz o autor.

O equilíbrio entre o público e o privado, entre a sociedade e o Estado, e entre o indivíduo e a coletividade está na colocação de diferentes pesos em todos os lados. Ao tempo em que resta claro que o interesse público deve ser predominante ao privado, também deve ser reconhecido que os direitos individuais, especialmente os fundamentais, estabelecem uma barreira importante para a atuação do Poder Público; o que não evita, por certo, a existência de casos concretos difíceis. Para estes cabe a ponderação jurídica (objetiva e dentro do sistema), que consiste numa maneira perfeitamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, inibindo qualquer tentativa de, pela negativa de sua incidência, ser preconizado o interesse privado. Do resultado de um conflito entre o princípio da supremacia e outro princípio protegido pelo Direito (como a própria autonomia privada – em casos resolvidos fora do Direito público) pode ser que duas situações ocorram: 1) a supremacia prevaleça; e 2) a supremacia não prevaleça e neste caso a questão resolve-se com base na igualdade de interesses, ou seja, são admissíveis duas sub-hipóteses: 2.a) a de que ocorra a prevalência do interesse público, no caso concreto (não por uma questão de princípio, mas de resolução pragmática da controvérsia – a posteriori); 2.b) a de que ocorra a prevalência do interesse privado no caso concreto (também não porque se admita qualquer precedência em abstrato da autonomia privada, mas porque seria adequada a adoção desta precedência de forma tópica). A resolução do conflito de primeira ordem se resolve pela ponderação; no de segunda ordem, pela proporcionalidade.⁹⁰

Deste modo, o que parece mais arrazoado é que na defesa do interesse público, entenda-se os limites de atuação da Administração a partir dos direitos e garantias fundamentais. E que seja sempre observado que o exercício de determinados direitos quando não bem regulados ou analisados no caso concreto afetam sobremaneira o exercício de outros cidadãos dos seus direitos e garantias fundamentais. E para isso, se faz necessário que seja realizado ponderação jurídica todas as vezes em que houverem situações difíceis de resolver.

⁹⁰ *Ibid.*, p.123

3 O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste capítulo se apresenta outra vertente dos novos paradigmas que se delineiam em Direito Administrativo. Nessa vertente a crítica dos autores não se direciona a Supremacia do Interesse Público, mas à legalidade que é excessivamente limitada. Os autores propõem, então, a substituição do “paradigma da legalidade” pelo paradigma da “juridicidade”, voltado à legitimidade e aos resultados.

3.1 Proporcionalidade

Qualquer simples pesquisa na internet ou a qualquer dicionário mais formal acerca do significado da palavra proporção iremos encontrar diversas definições do que o vocábulo significa, e dentre os vários significados pode-se escolher este: “em que há harmonia; bem ajustado ou adaptado; harmonioso.” Ou ainda nas palavras de Paulo Bonavides, “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.”⁹¹

O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (eine Übermasskontrolle).⁹²

Gilmar Mendes arremata que quando se refere à “imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade (...) com o princípio da proporcionalidade.”⁹³

Márcia Haydée Porto Carvalho coloca o princípio como:

uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: proteger os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 357.

⁹² BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 357.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. “A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB, n° 23, 1^o Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175, p. 475-469

conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais.⁹⁴

Há autores, por exemplo, que defendem que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo também pode ser entendido como o princípio da proibição do excesso, a expressão encontra maior uso no âmbito do controle legislativo, pois “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos.”⁹⁵

Suzana de Toledo de Barros, ao dissertar sobre o tema adverte que as variantes terminológicas do termos, a saber, proporcionalidade ou razoabilidade, que se tratam de expressões que são usadas de forma indistinta no Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando, por exemplo menciona “expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente.”⁹⁶

Também não é situação corrente apenas no Brasil, como ainda explica a autora, “os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso (Übermass) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade.”⁹⁷ Bruno Fischgold, quando trata do tema ensina que “princípios jurídicos devem necessariamente admitir ponderação com outros valores constitucionalmente afirmados.”⁹⁸

Para além das discussões que se observa na doutrina, o princípio deve ser explicado em três categorias. Gustavo Binenbojm diz que

Como ensina a doutrina, o postulado da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. Na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao

⁹⁴ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p.74

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p.177

⁹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996, p. 69

⁹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996, p. 70

⁹⁸ FISCHGOLD, B., **DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA A interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988**. Dissertação de Mestrado. Brasília. UNB. p. 37

interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.⁹⁹

A primeira categoria é a adequação. Este elemento é explicado a partir da doutrina alemã, como "a pertinência ou aptidão (Geegnetheit)[...] nos deve dizer se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público."¹⁰⁰ Sobre a adequação, Paulo Bonavides explica que:

Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.¹⁰¹

Deste modo, busca-se o meio que seja menos gravoso ao cidadão e que se possa acomodar ambos os interesses, e que possa trazer mais benefícios do que prejuízos, com o fim de que se preserve o interesse público. Segundo Gustavo Binembojm, “a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.”¹⁰²

O segundo subprincípio a ser analisado é o da necessidade, que nas palavras de Suzana de Toledo Martins se entende que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”¹⁰³

Quando identificada, em um primeiro plano, lei restritiva que visa restringir direito fundamental para atingir o que prescreve o Texto Constitucional, que é a proteção e efetivação de um dado direito fundamental, a próxima tarefa é a de controlar a constitucionalidade da Lei restritiva: se a intenção do legislador era, de fato a proteção de direito fundamental e se o meio utilizado foi o mais eficaz e o menos oneroso para o cidadão. Busca-se observar se no objetivo de garantir exercício de direito fundamental, se o legislador foi obrigado a criar limitação, e

⁹⁹ BINENBOJM, 2008, p. 107

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 360.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 360.

¹⁰² BINENBOJM, Gustavo. **DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO**. Revista de Direito Administrativo. v. 239, p. 1-31 Jan./Mar. 2005

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>

¹⁰³ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996, p. 76

assim identificar se a maneira identificada era a mais adequada para o caso. Paulo Bonavides, ao explicar esse elemento delicado do princípio da proporcionalidade busca apoio na doutrina estrangeira. Vejamos:

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: 'de dois males, faz-se mister escolher o menor'. E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada 'mas o meio empregado' e que este "deve ser dosado para chegar ao fim pretendido'. Em outras palavras - conforme o comentário de Maunz/Dürig - de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (das Prinzip der Wahl des mildestem Mittels)¹⁰⁴

Em concomitância aos dois princípios até agora trabalhados, o Tribunal Constitucional Alemão vem declarando inconstitucionalidade de leis que não contemplem os dois subprincípios em questão. Pois se deve buscar o meio mais adequado a ser empregado, para que os fins exigidos sejam alcançados, e a partir disso se infere que o meio está adequado quando “se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial.”

E por último a ser observado, a proporcionalidade em sentido estrito. Neste último, o aspecto central é a ponderação, que irá verificar as vantagens e desvantagens para o cidadão a partir dos meios que foram utilizados pelo legislador, tendo em vista perseguir os objetivos previstos na Constituição. Luiz Roberto Barroso explica que se a fórmula adotada for a que mais tiver trazido benefícios ao titular de direito fundamental, com certeza ela atendeu ao princípio da proporcionalidade em plenitude.

Paulo Bonavides, ao citar Pierre Muller, explica que quem faz uso deste princípio se depara diante de duas situações: uma obrigação e uma interdição, a obrigação se coloca no sentido de fazer uso dos meios adequados e a interdição está para a proibição dos meios inapropriados.

A lei da ponderação pode ser expressa da seguinte maneira: quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro(...). Os princípios *prima facie* e possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro. A lei da ponderação possui dois momentos: no primeiro, importa a satisfação do princípio oposto e no segundo, há a formulação de um mandado (...) que se expressa através de regras. A ponderação não é um procedimento abstrato ou

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.

geral (...), ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática.¹⁰⁵

A ponderação dos meios e dos fins, das vantagens e das desvantagens é uma das tarefas mais importantes do legislador ao regular Texto Constitucional.

3.2 Arbitrariedade, discricionariedade e juridicidade

Discricionariedade tem sido um dos temas de maior apreciação no Direito Administrativo, e por vezes associa-se que atos de discricionariedade com arbitrariedade da Administração. A definição básica seria a de que a Administração Pública ou o administrador público possuem liberdade para tomar decisões de atos, se trata de “escolha finalística por estar vinculada ao atendimento do interesse público que, no Estado Democrático de Direito, tem de ser compreendido como a realização e a tutela dos direitos fundamentais.”¹⁰⁶ E tendo em vista que visa a realização destes direitos não se é possível que atos discricionários que ferem direitos fundamentais não tenham que ser revistos, com o fim de que para de produzir os seus efeitos no mundo jurídico.

Celso Antônio ao discorrer sobre discricionariedade administrativa coloca que “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto.”¹⁰⁷

Vejamos o que dizem Helena Elias Pinto e Daniel Cardoso Moraes.

A discricionariedade é conceituada partir da identificação do núcleo político que atribui à Administração escolher o quando e como atuar mediante um juízo de conveniência e oportunidade³. E, muito embora haja divergência quanto à concepção da discricionariedade enquanto poder, atividade ou ato, há uma concordância em identificar que ela seja inerente à consecução dos fins primários da Administração. Isto por compreender que a discricionariedade não é arbitrariedade ou fruto da omissão legislativa. Mas, sim que ela é uma opção do legislador, cuja concreção sempre estará vinculada à tutela dos direitos fundamentais.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, ob. cit.

¹⁰⁶ Moraes, Daniel Cardoso. Pinto, Helena Elias. **ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**. CONPEDI/UNINOVE. v. 22, 2013 : São Paulo, SP Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo, ed. Malheiros, 1992, p. 48

¹⁰⁸ Moraes, Daniel Cardoso. Pinto, Helena Elias. **ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE**

Di Pietro leciona ainda que “quando a Administração, diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito.”¹⁰⁹

Celso Antônio explica sobre atos vinculados e discricionariedade

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.¹¹⁰

Porém a concepção clássica do conceito de de discricionariedade está fadada a desaparecer, pois não existem poderes ilimitados da Administração. Henrique Moreira Leites defende que

Creditar um espaço de livre atuação para a Administração Pública, um núcleo de ação inacessível, é impensável e já não parece contar com o apoio dos sérios juspublicistas. Há uma tendência em refutar uma tamanha liberdade, sobretudo pelas conseqüências de tal postura doutrinária. Hodiernamente, a liberdade sem limites é equiparada à arbitrariedade, situação pela qual não procede mais a conceituação ingênua, simples e pura, da discricionariedade como uma integral liberdade do agente público, reduto livre de qualquer tipo de controle jurídico.¹¹¹

Tanto é que uma nova caracterização doutrinária tem surgido com o fim de criar limites ao poder discricionário do Administrador Público, colocando os atos administrativos na esfera da legalidade, assim seriam vinculados, em diferentes graus. Como ensina ainda Binbenbojm sobre a vinculação dos atos que

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.¹¹²

JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. CONPEDI/UNINOVE. v. 22, 2013 : São Paulo, SP Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>

¹⁰⁹ Ob. cit., p. 176. A mesma autora tem, ainda, monografia sobre o assunto intitulada “Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998”, publicada pela editora Atlas.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 424.

¹¹¹ LEITES, H. M. **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: Uma aproximação hermenêutico-constitucional**. 2008 Dissertação de Mestrado – Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. p 44.

¹¹² BINENBOJM, 2008, p. 39

Em resumo, a discricionariedade administrativa é a competência legítima de avaliar e eleger no caso concreto o que melhor se encaixa dentro da eficiência na consecução de direitos fundamentais.

Diante disso não é possível imaginar um ato administrativo que não possa ser objeto de sindicância e por consequência revisto para que seus efeitos sejam interrompidos. Juarez freitas traz importante lição sobre o novo controle de discricionariedade. Se assim não fosse, ele seria arbitrário.

Por essa ordem de considerações, cumpre catalogar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: (a) o vício da discricionariedade excessiva (arbitrariedade por ação) – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária,⁷⁰ isto é, quando o agente público opta por solução desmedida, sem lastro e sem amparo em regra válida. Ou quando a intervenção administrativa encontra-se, por algum motivo, desdestinada. (b) o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão) – hipótese em que o agente público deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com omissão desproporcional, faltando com os deveres de prevenção e precaução. Nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – verdadeiro dardo que atinge o cerne dos objetivos constitucionais – traduz-se como descumprimento, doloso ou culposo, de diligências co-gentes, tais como as relacionadas aos deveres de matricular crianças carentes ou de fornecer remédios à população desvalida.¹¹³

A discricionariedade não pode ser instrumento de arbitrariedade em nome de um interesse público ou da Administração Pública. Por isso deve se levar em consideração que os atos da Administração, tanto os vinculados, quanto os discricionários devem ter motivação de ser. E quando constatado que a Administração agiu em excesso ou se omitiu de fazer o que deveria ter feito deverá fazer uso do princípio da proporcionalidade para que não cause maiores prejuízos a titulares de direitos fundamentais.

Juarez alerta que a “vinculação dissociada da subordinação a princípios fundamentais e, de outra parte, uma noção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação constitucional e legal, minando, pela arbitrariedade interdita.”¹¹⁴

Vejamos o que diz o autor sobre atos vinculados:

No exame (algo impropriamente denominado) de conveniência e oportunidade, o controle sistemático tem o escopo de impedir que o merecimento se transforme em

¹¹³ Freitas, Juarez. **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONTROLE DE PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS**. Novos Estudos Jurídicos. v. 18,n. 3, p. 416-434 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>

¹¹⁴ Freitas, Juarez. **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONTROLE DE PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS**. Novos Estudos Jurídicos. v. 18,n. 3, p. 416-434 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>

prepotência voluntarista. Com isso, não se aceita deferência exacerbada a ato administrativo exclusivamente político, pois todos os momentos da tomada de decisão (e respectivas motivações) precisam revelar sintonia com as diretrizes eminentes de Direito Administrativo. Nessa ordem de considerações, os atos administrativos podem ser classificados, sem fixidez, como (a) atos vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem guardar intenso condicionamento a requisitos formais, com escassa (residual) liberdade do agente, sem excluir a sua prática reflexiva e, de outra parte, existem (b) atos administrativos de discricionariedade vinculada à íntegra dos princípios e dos direitos fundamentais, a saber, aqueles que o agente público pratica mediante juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em mente encontrar a melhor (mais eficaz e eficiente) solução para circunstâncias específicas, sem que se mostre, a rigor, indiferente a escolha das consequências diretas e indiretas. A existência de múltiplas opções identicamente válidas só ocorre *prima facie*. No plano concreto, existem opções francamente inadmissíveis.¹¹⁵

A juridicidade é defendida por alguns autores como um novo paradigma de controle da Administração Pública, em especial, de controle da discricionariedade da Administração, para que se caracterize efetivamente como discricionariedade e não como arbitrariedade. Segundo Helena Elias Pinto e Daniel Cardoso de Moraes são elementos do paradigma da juridicidade: transparência, a motivação suficiente, a participação processual e o resultado. Vejamos o que dizem os autores em artigo publicado.

A legalidade da atividade administrativa passa, então, a ter uma concepção ampliada, carecendo de um caráter substancial em sua realização. Não basta agora o cumprimento dos pressupostos legais. Para se conceber a discricionariedade legítima, torna-se necessário perquirir a concreção de uma gama de princípios e valores democrático-constitucionais. Então, no lugar da legalidade formal ou estrita, passa-se a compreender uma dimensão mais alargada do princípio da legalidade, para que alcance um “status” de juridicidade, mais compatível com a concepção de legitimidade da atuação estatal. Desse modo, será legítima a atuação discricionária, não se apenas estiver respaldada em uma norma, mas, se também foi guardada obediência aos princípios republicanos democráticos implícitos e expressos no ordenamento jurídico, desde o nascedouro do processo decisório até o resultado concreto. Essa é a nova concepção da legalidade da atividade administrativa no Estado Democrático de direito. Essa é a compreensão da juridicidade como instrumento de aferição da legitimidade da atividade da Administração.¹¹⁶

Nesta concepção de juridicidade no Estado Democrático de direito é esperado da Administração que atue no sentido de buscar os objetivos da Constituição. E não mais é exigido um agir administrativo dentro dos parâmetros legais. Conforme o ensina Helena Elias Pinto e Daniel Cardoso de Moraes. Vejamos.

¹¹⁵ Freitas, Juarez. **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONTROLE DE PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS**. Novos Estudos Jurídicos. v. 18,n. 3, p. 416-434 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>

¹¹⁶ Daniel Cardoso Moraes. Helena Elias Pinto. **ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma concepção mais abrangente do sentido legal, haja vista que “amplia o conteúdo de juridicidade ao expandir o conceito de legalidade estrita do positivismo, de modo a possibilitar a inserção de novos valores dinâmicos da sociedade em sua aplicação”.(aspas do original)¹¹⁷

Fernando Filgueiras defende que os atos da Administração deveriam ter mais transparência, assim estariam sujeitos ao controle e avaliação social, e desta forma se diminuiria os excessos no exercício do poder discricionário.

Neste sentido, a transparência viabilizaria uma maior participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, objetivando, assim que todos os espaços da Administração tornem-se públicos. Vejamos o que dizem Helena Elias Pinto e Daniel Cardoso Moraes.

Por este paradigma, a atividade discricionária legítima seria aquela de viabiliza e concretiza a transparência. É a que abre aos cidadãos um canal de comunicação amplo, viabilizando a averiguação de sua conformidade com a juridicidade que fundamenta o Estado Democrático de Direito. Isto porque, para que a escolhas discricionárias sejam legítimas, elas precisam ser amplamente publicizadas e estarem à disposição da sindicância jurisdicional. E este proceder não é uma faculdade da Administração, visto que o acesso a essas informações é um direito fundamental dos cidadãos.¹¹⁸

Essa ideia em forte alicerce no princípio da publicidade, que imporá à Administração transparência em todos os seus atos, dessa forma, quando o cidadão participa ativamente dos processos de tomadas de decisão, ele acaba atuando também como fiscal da atuação administrativa.¹¹⁹ Neste sentido se percebe uma maior participação individual dos sujeitos na Administração Pública, bem como atuando como fiscais dos atos da mesma.

3.3 Avaliação de Resultados

O paradigma do resultado surge da vedação da proteção insuficiente, que já é usada pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata da defesa de direitos fundamentais. Neste sentido, seriam objeto de sindicância atos administrativos que violariam a proteção de direitos

¹¹⁷ Daniel Cardoso Moraes. Helena Elias Pinto. **ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>

¹¹⁸ Daniel Cardoso Moraes. Helena Elias Pinto. **ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>

¹¹⁹ FILGUEIRA, Fernando. Transparência, publicidade e “accountability”. Centro de Referência do Interesse Público, Belo Horizonte, 2011 (Texto para discussão n.º 1). Fonte: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia_publicidade_e_accountability.pdf.

e garantias fundamentais, em que “a vedação da proteção insuficiente potencializa a inafastabilidade da tutela jurisdicional ao criar mais um parâmetro de controle de juridicidade administrativa discricionária.”¹²⁰

Interessante exemplo trazido por Daniel Cardoso Moraes e Helena Elias Pinto em artigo publicado, em que ele descreve a aplicação do paradigma do resultado em decisão do Supremo Tribunal Federal. Vejamos.

No julgamento da ADI 3510, em que se suscitou a inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105 de 2005, sob o fundamento da inviolabilidade do direito à vida, o Min. Gilmar Mendes arguiu que a carência da matéria tratada na lei, objeto da ADI, deixou uma margem muito grande para a atuação regulamentar do Executivo. E, a partir daí, sustentou que a norma em questão violou a proporcionalidade, não em pela proibição do excesso, mas sim em razão da vedação da proteção insuficiente (ADI 3.510/DF, pp. 607-610). Com isso, o Supremo Tribunal Federal trouxe um novo enfoque para a atuação dos poderes, exigindo uma satisfação eficiente dos mandamentos constitucionais. Ou seja, pelo fato de o Legislador não ter dado uma proteção ótima ao direito fundamental em discussão, o Poder Legislativo feriu proporcionalidade na vertente que rechaça a proteção insuficiente. Igualmente, Luiz Henrique Cademartori ensina que a proporcionalidade possui uma vertente de proibição da proteção insuficiente e argumenta que a proporcionalidade não apenas serve de limitação, pois, atua também na modulação dos direitos fundamentais em todas as suas acepções.¹²¹

No paradigma do resultado se busca a implementação dos objetivos constitucionais, e “mesmo que o processo decisório em si tenha sido conforme ao Direito, a atribuição da legitimidade democrática a esta atuação dependerá ainda da eficiência dos resultados práticos produzidos.”¹²²

O alvo da sindicância “não é a discricionariedade em si, mas o resultado de seu exercício e, ainda assim, no que exorbitou dos limites da ordem jurídica.”¹²³ Em outras palavras, a partir desse princípio se apura os resultados práticos que são produzidos a partir dos atos administrativos.

Desta forma, para que a atividade discricionária seja vista como legítima e juridicizada é de fundamental importância que os resultados esperados no momento da escolha

¹²⁰ Moraes, Daniel Cardoso. Pinto, Helena Elias. **ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.** CONPEDI/UNINOVE. v. 22, 2013 : São Paulo, SP Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade.** 4ª.ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P.82-83

políticoadministrativa tenham sido plenamente efetivados e atendido aos interesses da finalidade pública.

CONCLUSÃO

Ao longo de toda a pesquisa é possível tirar algumas conclusões preliminares acerca do tema. Usa-se o termo preliminar aqui porque essa pesquisa ao longo de todo o seu desenvolvimento não foi capaz de responder aos vários questionamentos acerca do que é interesse público, bem como identificar a supremacia do interesse público.

No começo o objetivo era trabalhar as cláusulas exorbitantes no novo paradigma do Direito Administrativo. Porém se observou que a discussão é muito mais profunda do que simplesmente se optar por um lado sem que se façam as reflexões necessárias a partir do que se coloca dentro da crítica ao paradigma clássico do Direito Administrativo.

Quando se faz uma crítica ao que é interesse público se incorre em vários riscos que ultrapassam a barreira do jurídico, e que acabam entrando em um outro âmbito de discussão. A discussão sobre a desconstrução da supremacia do interesse público não encontra os seus alicerces no que é jurídico, trata-se também de uma questão política. Não está claro que se visa defender interesse público, muito menos todos os interesses individuais.

Seguindo a lógica de que interesse público é a junção de todos os interesses dentro da sociedade, presume-se que existe um interesse público, e que de certo modo todos têm alguma participação, por menor que possa ser dentro dessa lógica pública, que resulta do que é privado. Mas adiante, alguns autores, como Humberto Ávila, defendem que não existe um interesse público, e que não existe base constitucional em pensar em um interesse público que se sobrepõe ao que é de ordem privada.

Mas, voltando ao raciocínio inicial, não se trata da mesma coisa? Uma vez que o que compõe o que é público e a junção de todos os interesses individuais. E se é a junção de todos estes interesses também se trata da liberdade que os sujeitos possuem de associação e de contrair relações jurídicas das mais variadas possíveis.

Humberto Ávila, em um dado momento coloca que interesse público não sendo um princípio, mas admite a possibilidade de que haja ponderação de princípios, no caso, entre interesse público versus interesse privado. Então, pode-se perguntar: não seria o interesse

público uma expressão vazia de significado e inconstitucional para a corrente do novo paradigma do Direito Administrativo?

A discussão que deve fazer sobre o tema é: O que se pretende colocar no lugar da supremacia do interesse público? Parece óbvio também que o que se pretende é a redução do Estado, e que o mesmo intervenha cada vez menos na esfera individual privada, independente das diferentes capacidade materiais dos sujeitos.

É preciso pontuar que os críticos da supremacia do interesse público tem razão ao afirmarem a importância de garantir direitos e garantias fundamentais individuais. A Administração Pública, em sua atuação, comete muitos equívocos, e por vezes usa de autoritarismo e se vale da prerrogativa da supremacia do interesse público, como se isso fosse suficiente para solucionar os problemas que surgem das relações jurídicas que trava com os particulares.

No entanto, a dificuldade está em conciliar os interesses privados e o interesse público: conflito que é constante e que não pode ser facilmente resolvido simplesmente optando-se pela prevalência dos interesses privados em toda e qualquer situação.

Por fim, percebe-se que essa é uma discussão que deve ser feita em outros âmbitos, como por exemplo, a discussão do que é interesse público para o Estado, e a partir disso, como ele irá atuar e estabelecer as suas relações com os entes privados, sem que ameace direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Bernadete Martins; ARRUDA, Susana Margareth. **Como fazer referências:** bibliográficas, eletrônicas e demais formas de documento. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Biblioteca Universitária, c2001. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/framerefer.php>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520:** informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSUNÇÃO, José D'Barros. **Sobre a Noção de Paradigma e seu Uso nas Ciências Humanas.** Disponível: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-8951.2010v11n98p426/12858>.

Aula ministrada pelos professores Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira, na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito, no Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, em 23 ago. 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p.94

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, ed. Malheiros, 1992.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** 2ª edição, Renovar, 2008, Rio de Janeiro

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8.ed.São Paulo:Malheiros. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 9.253/DF**. Impetrante: Valdemar de Oliveira Leite. Impetrado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilson Dipp. Órgão: Terceira Seção. Julgamento: Brasília, 18 de maio de 2005. Publicação: 8.6.2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1003/DF Medida Cautelar**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão: Plenário. Julgamento: Brasília, 1º.8.1994. Publicação: DJ: 10.9.1999

BUSATTO, Carlos Ernesto Maranhão., **REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO PAPEL E SIGNIFICADO DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 2011. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley principios generales y constitución: apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del derecho**. Anuario de derecho civil. 1988 *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **DIREITO CONSTITUCIONAL: Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 16ª. ed. ver., atual. E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

CRISTÓVAM, J.S.S. **O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES**. 2014 Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. n. 5. jan./fev./mar. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83106, jan./jun. 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Ed, São Paulo, 2010; Editora Atlas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di;

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FILGUEIRA, Fernando. **Transparência, publicidade e “accountability”**. Centro de Referência do Interesse Público, Belo Horizonte, 2011 (Texto para discussão n.º 1). Fonte: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia_publicidade_e_accountability.pdf.

FILHO, M. M. S. **A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO SOCIAL BRASILEIRO**. 2009. Dissertação de Mestrado. Universidade de Ribeirão Preto.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Teoria Geral do Estado e da Constituição** - 10ª Ed. 2016. Saraiva.

FISCHGOLD, 2011, **DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA A interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988**. Brasília.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, E. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais. vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT, 1996. p. 194-195. Apud., CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular**. Revista de Direito Administrativo. v. 239, p. 45-66, Rio de Janeiro, Jan/Mar.2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44043/44715>

Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in *O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, 1999.

JIMENEZ, Torne. **De la democracia a la participación: remodelación de instituciones administrativas, in administración y constitucion**. Estudios em homenaje al profesor Mesa Moles. Madri:, 1979.

FREITAS, Juarez. **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONTROLE DE PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS**. Novos Estudos Jurídicos. v. 18,n. 3, p. 416-434 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5131/2691>

JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: RT. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. In: **Revista trimestral de Direito Público nº26/1999**. São Paulo, Malheiros, 1999.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**. 3. a edição. Fundação Calouste Gulbenkian. 1991. Lisboa.

LEITES, H. M. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: Uma aproximação hermenêutico-constitucional. 2008 Dissertação de Mestrado – Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. v.240: 1-42, Rio de Janeiro, Abr.~Jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 20 ed. São Paulo:Saraiva . 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros. 32º edição. São Paulo, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB, nº 23, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4ª.ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. São Paulo: RT.Vol. 50. Ano 13. Janeiro – Março.

O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade.Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição.Constituição e Estado Social. Org. **Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto**. São Paulo:RT; Coimbra: Coimbra. 2008.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. **Trabalho acadêmico: guia fácil para diagramação**: formato A5. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/GuiaRapido2012.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2013

VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 173

_____. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2012.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. **Trabalho acadêmico: guia fácil para diagramação**: formato A5. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/GuiaRapido2012.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2013

